

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



DIRECTORIO Tohil

DIRECTOR GENERAL

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

EDITOR

Abog. Marisol Camacho Ancona

CONSEJO EDITORIAL

Mtra. Lucely Martina Carballo Solís

Abog. Jorge Enrique Rivero Aguilar

Mtro. Stephen Urbina Rodríguez

Mtro. Pedro Berzunza Castilla

Mtra. Melba Angelina Méndez Fernández

Dr. José Zaragoza Huerta (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Michel Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Serafín Ortiz Ortiz (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

Dr. Genaro Carnero Roque (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

DISEÑO GRÁFICO

LCC. Iyiro Gallegos Berzunza

Tohil, Año 16, No. 38, enero - junio 2016, publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, a través de la Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México, tel. 999 982242. <http://www.derecho.uady.mx/tohil/>, marisol.camacho@correo.uady.mx. Editor Responsable, Marisol Camacho Ancona. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo 04-2013-031117380400-102, ISSN 2007-6673, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y Contenido en trámite. Permiso SEPOMEX en trámite. Publicación impresa por Grupo Impresor Unicornio, S.A de C.V., Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México. Este número se terminó de imprimir en julio de 2016 con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor ni de la Institución. Queda totalmente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

ÍNDICE

EDITORIAL

EL DERECHO Y LA JUSTICIA DE LOS AZTECAS,
ÉPOCA PRECORTESIANA. (COMENTARIOS)

THE LAW AND JUSTICE OF THE AZTECAS.
PRECORTESIAN EPOCH. COMMENTS

Ministro en retiro José Trinidad Lánz Cárdenas

LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN
MÉXICO: LAS INCONSISTENCIA EN EL ESQUEMA DE EXCEPCIONES

THE CONSTITUTION AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN MEXICO:
INCONSISTENCIES IN THE SCHEME OF EXCEPTIONS

Mtro. Jonathan López Torres

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE LEGAL INTERPRETATION IN THE CONSTITUTIONAL
NEW PARADIGM OF THE HUMAN RIGHTS

Dr. Geofredo Angulo López

VULNERABILIDAD A LA INJUSTICIA: SEXOSERVIDAS,
MIGRANTES, PERSONAS SIN HOGAR Y DEMÁS EXCLUIDOS

VULNERABILITY TO THE INJUSTICE: SEX WORKERS, IMMIGRANTS,
HOMELESS PEOPLE AND OTHERS EXLUDED

Mtra. Helena Rivero Hevia

EDITORIAL

La Revista *Tohil*, en su afán por contribuir a al desarrollo de la ciencia y la dogmática jurídica emite su trigésimo octavo volumen, promoviendo esencialmente la interacción de la comunidad científica nacional e internacional.

A través de nuevos criterios, *Tohil* se continua perfeccionando con cada edición para posicionarse entre las principales revistas arbitradas en el Estado; por ello, respondiendo a la dinámica propia del Derecho, apunta a su internacionalización, dejando abierto el espacio para colaboraciones nacionales e internacionales en distintas ramas de saber jurídico.

En esta ocasión, presentamos la participación de José Trinidad Lanz Cárdenas, quien fuera ministro del más alto tribunal de la República, la Suprema Corte de Justicia, y quien, sumando a su importantes méritos académicos sobre historia del Derecho, obsequió una brillante disertación en la Casa de la Cultura Jurídica en Mérida, Yucatán, titulada “El derecho de los Aztecas, etapa precolombina” en la que se formularon los comentarios que en este ejemplar se presentan de forma inédita, sin excluir la futura publicación de la conferencia magistral en nuestros próximos números.

Posteriormente, el autor del artículo “La Constitución y la protección de datos personales en México: las inconsistencias en el esquema de excepciones” nos presenta un estudio sobre la importancia de generar un desarrollo legislativo para el acceso a datos personales por parte de las autoridades mexicanas, cuando dichos datos están en posesión de los particulares.

De igual manera y tomando en cuenta la evolución de la ciencia jurídica, en el siguiente artículo se considera la interpretación que se realiza en el proceso de aplicación del derecho por medio de los diversos operadores jurídicos. Esta práctica, que se ve reflejada finalmente en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, debe mantener en los eslabones superiores a los derechos fundamentales a través de instrumentos procesales adecuados como principios, criterios, métodos y razonamientos novedosos que permitan su efectividad. En el artículo denominado “La interpretación jurídica en el nuevo paradigma constitucional de Derechos Humanos se plantea cómo el juzgador en ocasiones se limita a aplicar criterios clásicos o tradicionales que repercuten en los efectos prácticos de los Derechos Humanos en la sociedad.

Finalmente, con este análisis de la realidad social en que vivimos, presentamos el artículo “Vulnerabilidad a la injusticia: sexoservidoras, migrantes, personas sin hogar y demás excluidos” que aborda el tema de la desigualdad en que viven los grupos que son vulnerados por su condición étnica, social o económica y que los convierte en protagonistas olvidados del sistema de justicia.

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández
Director de la Facultad de Derecho

EL DERECHO Y LA JUSTICIA DE LOS AZTECAS, ÉPOCA PRECORTESIANA (COMENTARIOS)¹

MINISTRO EN RETIRO JOSÉ TRINIDAD LANZ CÁRDENAS

Quisiera de inicio rendir un homenaje público a dos excelentes juristas yucatecos del siglo XIX, que fueron el doctor Don Justo Sierra Orreilly y el Licenciado Isidro Montiel y Duarte, el primero a quien se le ha hecho justicia parcialmente en sus aspectos académicos y en sus trabajos poéticos teniendo presencia documental en la Universidad Autónoma de Yucatán, pero a quien no se le ha hecho justicia hasta la fecha por haber sido el autor de la mayor parte del primer Código Civil mexicano a encargo de Don Benito Juárez en el año de 1959 en Veracruz.

El doctor Justo Sierra, ayudado por dos pasantes en el Convento de la Mejorada se dedicó a redactar el primer Código Civil que viniera a sustituir a la vieja legislación española que, a pesar de la Independencia, se había seguido aplicando en todo el País. Don Justo no pudo terminar la obra, el destino no lo permitió, pero injustamente él había enviado la mayor parte del Código Civil a Don Benito Juárez después de la fecha en que se reanudó la República Federal con el fusilamiento de Maximiliano e injustamente -decía yo- se atribuye ese Código al Ministro de Justicia de Juárez que fue Don Antonio Martínez de Castro y Meza; en realidad la obra la hizo Don Justo Sierra en el Convento de la Mejorada de aquí de la Ciudad de Mérida. Pretendo que se haga público esto para rescatar el gran mérito de este extraordinario jurista yucateco que aportó a la comunidad nacional la ciencia del Código Civil de

¹ Comentarios realizados durante la conferencia denominada “El Derecho y la Justicia de los Aztecas, Época Precortesiana” en la Casa de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Rafael Matos Escobedo” Mérida, Yucatán 26 de mayo de 2016

1970 en donde ya recogía el nuevo modelo del Código de Napoleón y el proyecto de García Goyena en España.

En cuanto a Don Isidro Montiel y Duarte es un jurista que ha pasado ignorado después de tantos años y dejó una obra que fue editada en el año de 1870 por la Facultad de Jurisprudencia en la Ciudad de México que son cuatro tomos de Derecho Público Mexicano, es una obra ejemplar que ojalá alguna Universidad de Yucatán o el gobierno yucateco rescatara para conocimiento de los juristas de esta entidad.

Vamos a comenzar con la lectura del texto y solamente quería solicitar a los asistentes que tomaran en cuenta que los hechos que vamos a compartir con ustedes se dieron en los siglos XIII, XIV y XV y principios del XVI en cuanto a que los hechos hay que juzgarlos tal como fueron en aquella época que vinieron a constituir un descubrimiento formidable de lo que fue la organización judicial del pueblo azteca. Por otra parte, hago notar para no desviar las preguntas que se pudieran suscitar aquí sobre la Conquista, porque no voy a hablar ni se va hablar de la Conquista de México, sino solamente se van a enunciar los hechos antes de la Conquista. Como ustedes saben la Conquista se consumó en el año de 1521 y vino a desaparecer prácticamente la cultura azteca.

El poeta tabasqueño Carlos Pellicer dijo con gran sabiduría: los españoles no trajeron la cultura, trajeron su cultura. La cultura de los españoles considerada como occidental vino a contrastar con las culturas prehispánicas de México propias de las numerosas etnias existentes en ese entonces en el país. Entre dichas culturas podemos mencionar, como las principales, la azteca la texpocata y la maya en lo tocante a sus regímenes jurídicos y la administración de justicia, no podemos menos que enfatizar que tanto los aspectos jurídicos como los relativos a la justicia, por ser esencialmente humanos tienen y deben considerarse como manifestaciones de cultura. Como resultado de la Conquista de México se marginó a la cultura prehispánica predominando por tanto durante las distintas épocas de nuestra historia la cultura occidental traída por los conquistadores españoles. En esta

ocasión por razones obvias del tiempo y el espacio asignados a esta plática solo nos enfocaremos al derecho y justicia que existieron de manera avanzada entre los aztecas, no pudiendo hacerlo ahora con respecto a las otras dos grandes culturas mencionadas como la texpocata y la maya.

La tribu de los aztecas en menos de 200 años como una sociedad muy organizada llegó a constituir un poderoso imperio que iniciaba territorialmente en el centro de la república y llegaba hasta los límites de Panamá. Los aztecas eran una de las 7 familias o tribus Nahuatlacas, curiosamente la última en llegar al valle de México, y en la que en un principio estuvo sometida a las otras tribus que precedieron su llegada al trono, como dato ilustrativo debemos mencionar que estas tribus procedían de un lugar mítico llamado Chicomóztoc del cual hasta la fecha a pesar de las grandes investigaciones históricas y arqueológicas se desconoce su lugar geográfico, pues lo único en lo que coinciden los investigadores es que vinieron del norte, afirmando algunos que ese lugar conocido como de las 7 cuevas se encontraba en el actual estado de Chihuahua y otros afirman que estaba en el actual estado de Nayarit. Dichas tribus eran los Xochimilcas, Tecpanecas, Alcolhuas, los Chalcas, Tlahuicas, Tlaxcaltecas y Aztecas. El pueblo de los aztecas esencialmente guerrero y cuya denominación es la más conocida, según se dice por provenir de la ciudad de Aztlán, igualmente mítica del norte, algunos historiadores la ubican en Baja California y otros en Nayarit como ya dijimos, sin embargo también se les identificó con el nombre de Tenochtlas en recuerdo de su supremo sacerdote Tenochtili, quien los guió en su peregrinación para llevarlos por razones religiosas a su establecimiento en un lugar en donde deberían encontrar en el centro de una laguna un pedregal con un águila parada en un nopal y devorando una serpiente, sitio en el que debían fundar su ciudad la que nombraron Tenochtitlán. También se les llamaba Mexicas en virtud de que a la ciudad de Tenochtitlán le pusieron posteriormente el nombre de México, en honor a su dios Mextli. Ya hace mucho que los

aztecas representaban una sociedad muy organizada que contaban con muchas clases sociales, el más elevado era el rey, su consejo y ministro, la nobleza los sacerdotes, los guerreros los hombres libres llamados macehuales, como eran los campesinos, comerciantes, artesanos, pintores y otros y por último los esclavos. Todos estos estratos sociales contaban con una regulación legal que les permitió a los aztecas destacar en relación con los demás pobladores del valle de la Náhuatl, esa última palabra que quería decir en la lengua náhuatl, junto al agua, ya que las 7 tribus nahuatlacas estaban ubicadas alrededor de los 6 grandes lagos que existían en el centro de la república tales como el lago de México, de Texcoco, Zulpango, Chalco, Xochimilco y San Cristóbal. No está por demás enfatizar que los aztecas a pesar de su evolución cultural no llegaron a tener escritura fonética, y los datos que han llegado hasta nosotros han sido por sus pinturas y sus códices que han servido de base a los historiadores para interpretar y establecer toda la historia que hasta ahora se conoce. Fundaron su ciudad en el año de 1325 en un islote con las características antes mencionadas en la región de los lagos del Valle de México. La historia de los aztecas tenochtlas o mexicas, es una epopeya relativamente breve pero asombrosa en el marco de la historia universal y tiene pocos paralelos, siendo al principio una tribu insignificante y apenas tolerada por sus vecinos, ellos se asentaron en el señorío texpaneca de Azcapotzalco como tributarios del mismo. Más tarde llegaron a construir no solo la potencia más vigorosa de Mesoamérica, sino también fue portadora de las grandes culturas del continente americano. Los aztecas adoptaron la cultura de los toltecas de los que se consideraban sus continuadores y se vieron a sí mismos sus reyes como descendientes de aquellos y particularmente de Quetzalcóatl.

Su organización política una vez transcurrida la teocracia sacerdotal con la muerte de Tenochtili en 1363 fue de una aristocracia militar comandada por un tlatoani también llamado Tlacatecutli o rey, es decir, una monarquía electiva que obedecía a determinadas reglas dinásticas. Después de 1427 en que derrotaron a los Tuxpanecas, en

menos de 100 años ensancharon sus dominios de un océano al otro penetrando por el sur hacia Chiapas y Guatemala. Hacia 1519 cuando llegó Hernán Cortés los aztecas habían logrado un extraordinario desarrollo político y económico, de hecho fueron los aztecas quienes opusieron la más tenaz y valiente resistencia a la conquista española que al fin se consumó en 1521. La conquista y las ulteriores modificaciones introducidas por los misioneros y colonizadores españoles trajeron consigo la desaparición de la antigua organización política social y religiosa del mundo azteca. La historia de la gloria militar política y social de los aztecas o mexicas se identifica propiamente con la de sus 11 reyes, transcurrida en un lapso de 146 años desde 1375 a 1521, sus reyes fueron en orden cronológico: Acamapichtli, Huitzilihuitl, Chimalpopoca, Itzcoatl, Moctezuma Ilhuicamina, Axayacatl, Tizoc, Ahuizotl, Moctezuma Xocoyotzin, Cuitlahuac y Cuauhtémoc. Se nombraba por elección y solo podía ser electo por los 4 electores, quienes eran hijos y hermanos del rey, de acuerdo también por el consejo supremo o tlatocán aun cuando al acto electoral concurrían todos los miembros del consejo, esto es los grandes sacerdotes, los jefes guerreros y los ancianos, sin embargo lo hacían simbólico solo para dar mayor solemnidad al acto. Si bien es cierto que la elección de su primer rey Acamapichtli intervino el pueblo solicitando un príncipe al señor de los Alcolhuas de Texcoco descendientes en ese entonces de los toltecas, también lo es que con posterioridad cumplieron un régimen aristocrático en el que solo los nobles o clases privilegiadas intervenían en la elección. Los aztecas tuvieron una sola dinastía real, pues todos los reyes fueron descendientes de su primer rey, aun cuando el rey era electo más bien debería hablarse de designación, pues solo tenían intervención activa los 4 grandes electores quienes eran de la familia real y debían seguirse reglas dinásticas fijas, que aun cuando no han sido debidamente estudiadas, los hechos conocidos nos las permiten deducir. Otro aspecto de la elección es que a partir de la triple alianza con Texcoco y Tlaxcala bajo el reinado del primer Moctezuma que venía a darle al imperio el carácter de una confederación, los tlatoani de

Texcoco y Tlaxcala tenían que dar su conformidad y ratificación al rey electo por los tenochtlas o mexicas. Así también a pesar del carácter electivo debe decirse que una vez consagrado el tlatoani con la corona real o copilli ya no era rey por elección, era el dios quien lo había colocado en el trono y quien le daba su autoridad y justicia. No habiendo quien fuese igual al rey, era tan grande y manifiesta esa superioridad que para los mexicas su señor era su mismo dios, por eso hacen bien los cronistas en llamarle rey o emperador, que son las palabras que dan la idea más aproximada de su grandeza y de su poder. Si bien es cierto que el tlatoani era considerado un monarca absoluto, también lo es que en la práctica política de los aztecas el rey o tlatoani consultaba sus decisiones a un consejo de estado o Tlatocán integrado por 12 consejeros dividido dicho Consejo en 3 salas de 4 consejeros cada una destacándose la sala de lectores y la sala de justicia, dichos consejos se constituían exclusivamente con miembros de la nobleza, por otra parte el rey tlatoani contaba igualmente con un gabinete de 6 ministros que lo auxiliaban en el ejercicio de sus facultades, destacándose el ministro de la guerra y el ministro de justicia; el rey o tlatoani conjuntaba los 3 poderes clásicos, es decir el ejecutivo, el legislativo y el judicial. En cuanto al legislativo sus acuerdos de carácter general debían estimarse como obligatorios con carácter de leyes las que eran estrictamente respetadas. De los 11 reyes aztecas fueron los que más legislaron Huitzilihuitl quien estableció las reglas dinásticas, Moctezuma el primero o Ilhuicamina quien emitió las regulaciones generales de la familia, de los esclavos, de las obras públicas, de las operaciones mercantiles y otras relativas al perfeccionamiento de la organización azteca; y Moctezuma el segundo o Xocoyotzin las regulaciones relativas al desempeño, majestuosidad y protocolo de la corona. Por último, aunque se había abandonado la teocracia con que habían comenzado los aztecas, existía colateralmente con la corona una amplia casta sacerdotal encabezada por el sumo sacerdote quien gobernaba lo relativo a los dioses y a los sacrificios de los prisioneros tomados en las constantes guerras.

Su sistema jurídico está lejos de encuadrar entre dos sistemas jurídicos universales, por una parte el sistema del derecho escrito y por otra del derecho consuetudinario, por lo que es del primero, toda vez que carecían de escritura fonética aunque las órdenes llamadas leyes de sus reyes se recogían de manera pictográfica como lo revelan los numerosos códices que se conservan hasta la fecha, poniéndose de relieve los códices Ramírez, el Florentino y el Mendocino que han permitido a los historiadores interpretar y conocer sus diversas y numerosas reglas jurídicas. Es importante hacer notar que el derecho de los aztecas tendía fundamentalmente a proteger los derechos colectivos y el bienestar de la comunidad, así como fortalecer en todo momento la fuerza del Estado y la supervivencia de sus instituciones y de sus costumbres reglamentadas. Los aztecas siempre tomaron muy en cuenta las experiencias legales de los Alcolhuas particularmente las leyes expedidas por los reyes de Texcoco, Nezahualcōyotl y Nezahualpilli quienes consideraban herederos directos de la cultura tolteca; respecto al primero, Nezahualcōyotl, aún se conservan 32 de sus famosas 80 leyes. Las múltiples normas jurídicas aztecas siguiendo las clasificaciones hechas por Clavijero Mendieta y Núñez de Grijalva. Intentaremos clasificarlas de acuerdo con el orden clásico existente en el derecho, es decir, normas de derecho público y normas de derecho privado, en cuanto a las primeras podríamos mencionar las siguientes: dinásticas para la elección del tlatoani, orgánicas en cuanto a la integración del consejo de estado y de los ministerios auxiliares del tlatoani, orgánicas en cuanto al establecimiento y funcionamiento de los tribunales, de derecho internacional en relación a los tratados celebrados por la nación azteca con las otras naciones indígenas, militares relativas a los ejércitos en las constantes guerras, tributarias respecto a los tributos impuestos a las tribus conquistadas y los tributos fijados a los hombres libres o macehuals y las excepciones que tenían los nobles los sacerdotes y en algunos casos los pintores y artistas destacados; y por último las extensas y no menos importantes del Derecho Penal. Respecto a las normas de derecho privado, las relativas al derecho

familiar, a los esclavos a los comerciantes y al derecho patrimonial en general en el territorio azteca, debe quedar plenamente aclarado que careciendo de escritura fonética los aztecas, no podemos mencionar cuerpo de leyes en especial que por sí misma explicita la normatividad de que se trate, ya que los mexicas solo obedecían legalmente a los acuerdos y órdenes reales como ya ha quedado escrito y menos aún que tuvieran códigos escritos sobre las materias específicamente reglamentadas. Antes de entrar a comentar su derecho familiar vamos hacer una pausa por si alguien quiere hacer algún comentario de lo que ya dijimos y preguntarle al señor ministro alguna cosa.

La principal motivación mía al abordar este tema ha sido porque existe muy poca bibliografía sobre el particular lo cual quiere decir que no se ha estudiado y que los libros que existen sobre el Derecho Mexicano, muy pocos se han dedicado a ver como estaba el derecho prehispánico, y tal parece que el Derecho Mexicano nada más surgió con la conquista porque la mayor parte de los estudios son sobre el derecho colonial que era el manejo de la vieja legislación española. Entonces ojalá que pudiéramos motivar a los asistentes para que trataran de conocer con plenitud ese formidable sistema legal que tuvo este pueblo y que lo logró en solo 146 años, que además, si vemos que estaban organizados, eran una sociedad primitiva pero muy organizada, e inclusive si comparamos las fechas, en los años de 1300 y de 1400 como estaba Europa en esa época, estaba mucho mejor organizada la situación de los aztecas a miles de kilómetros y sin haber tenido jamás la menor relación con los letrados existentes en Francia, España, e Inglaterra o en alguna otra parte. Les decía en la lectura que hay varias fuentes que fueron abordadas unas del tipo genérico como son las de los cronistas y los historiadores, fundamentalmente las obras de Clavijero en el aspecto del orden de Francisco Javier Clavijero no nos olvidemos que Francisco Javier era jesuita, son muy ordenados, pero las más extensas son las de Bernardino de Sahagún en su libro sobre la Historia General de las cosas de la Nueva España; pero en principio quisiera destacar de estas fuentes, a una en especial que la pongo como directa, que es el Código del derecho de los aztecas que

es un trabajo de un filósofo jurista, además que lo encuentran aquí en la biblioteca de este centro de estudios y de justicia, del señor Joseph Colher, y que yo tuve la fortuna de comprarlo y de consultarlo, era maestro de sociología y de Derecho en la Universidad de Berlín y él, atraído por el conocimiento que llegaba a Europa de los Códices, se sintió motivado y vino a México. Durante 10 años estuvo investigando sobre la naturaleza política y jurídica de este formidable Código, desafortunadamente este señor de Alemania lo escribió en alemán y 10 años después, en 1905, se fue rumbo a Alemania y no quedo nada de su trabajo en México.

Mérida, Yucatán 26 de Mayo de 2016

Casa de la Cultura Jurídica «Ministro Rafael Matos Escobedo»

LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO: LAS INCONSISTENCIAS EN EL ESQUEMA DE EXCEPCIONES

THE CONSTITUTION AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN MEXICO:
INCONSISTENCIES IN THE SCHEME OF EXCEPTIONS

JONATHAN LÓPEZ TORRES *1

SUMARIO Introducción – I. Fundamento constitucional – II. Legislación secundaria – III. La Constitución y la LFPDPPP – IV. La LFPDPPP y su Reglamento en la práctica – V. Pros y Contras de la Constitución y de la LFPDPPP – VI. Consideraciones de los Organismos Internacionales – A. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) – B. Organización de las Naciones Unidas – C. Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) – D. Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad – VII. Propuesta de armonización – VIII. Conclusiones – Referencias

RESUMEN La presente investigación, cuyo resultado deriva del método deductivo, tiene como finalidad evidenciar las áreas de oportunidad con las que ha nacido el derecho a la protección de datos personales en México.

Por ello, si bien existe legislación en materia de protección de datos personales tanto para el sector público como el privado, lo cierto es

1 *Abogado por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y Maestro en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación por INFO-TEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. Se ha desempeñado tanto en el sector público como en el privado, actualmente forma parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones. mx.jonathantorres@gmail.com | [@JonathanLpezTor](https://twitter.com/JonathanLpezTor) | <http://jonathanlpeztor.blogspot.mx/>

que no existe un desarrollo legislativo para el caso del acceso a datos personales por parte de las autoridades mexicanas, cuando dichos datos están en posesión de los particulares. Estas áreas de oportunidad están en la Constitución mexicana y en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

ABSTRACT: The present investigation, carried out with deductive reasoning, aims to find out the areas for improvement in the development of the personal data protection in Mexico.

Therefore, although there is legislation on the protection of personal data for both the public and private sector, the fact is that there is no legislative development for the case of access to personal data by the Mexican authorities, when such data are in possession of individuals. These areas for improvement are in the Mexican Constitution and in the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Private Parties.

PALABRAS CLAVE: Constitución, derecho humano, protección de datos personales, privacidad, México, excepciones, autoridades, información personal.

KEYWORDS: Constitution, human right, personal data protection, privacy, Mexico, exceptions, authorities, personal data.

Introducción

Si bien existe en México legislación en materia de protección de datos personales tanto para el sector público como el privado, lo cierto es que no existe un desarrollo legislativo para el supuesto del acceso a datos personales por parte de las autoridades mexicanas, cuando dichos datos están en posesión de los particulares.

Por ello, la presente investigación parte del análisis del contenido y los alcances del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CONSTITUCIÓN) que prevé de forma expresa el derecho a la protección de datos personales como un derecho autónomo. El citado artículo será analizado en

relación con el esquema de excepciones establecido en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (en adelante, LFPDPPP), pues de dicho análisis, se desprenden las inconsistencias entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP. Con lo anterior, se pretende exponer un marco de referencia sobre el tema y establecer una propuesta para su armonización.

El análisis en el contexto mexicano en comento será contrastado con los estándares en materia de privacidad y protección de datos de organizaciones internacionales precursoras del tema, con la finalidad de identificar, analizar y proponer las medidas jurídicas correspondientes que garanticen una protección real de datos personales en México, libre de discrecionalidad y vacíos legales.

No sobra señalar que, desafortunadamente aún enfrentamos problemas de desconocimiento del derecho a la protección de datos personales, de malas prácticas en el manejo de información personal, de una falta de cultura en la promoción y protección de nuestra información personal, acompañado del crecimiento exponencial del uso de información personal en medios electrónicos así como en Internet.²

En este sentido, si aún enfrentamos un problema de desconocimiento del derecho a la protección de datos personales, aunado a que es un derecho establecido en la CONSTITUCIÓN con su respectiva legislación, otro problema aún mayor es desconocer cuándo y por qué se puede limitar dicho derecho, dado que como hemos sostenido, este tema no está desarrollado en términos claros en nuestra legislación actual, es decir, si el problema es desconocer lo que sí está regulado (el derecho a la protección de datos personales), un problema aún más grande es

² Es importante señalar que Internet es considerado un elemento clave de la sociedad de la información, pues facilita los más variados servicios electrónicos interactivos y la comunicación de todo tipo de informaciones, donde se desprende que gran parte de la información que fluye en Internet es información personal. Véase más acerca del funcionamiento y servicio de Internet en: De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*. Segunda Edición, Civitas Ediciones, España, 2001. p. 27.

desconocer lo que no está regulado (las excepciones al derecho a la protección de datos personales).

Por tanto, consideramos que no está regulado de una forma clara el acceso a datos personales, en posesión de particulares, por parte de las autoridades. No hay reglas mínimas, lineamientos, garantías ni responsabilidades respecto al tema.

En México, el tema tuvo tal importancia que el derecho a la protección de la información personal está reconocido a nivel constitucional.³ De tal manera que para regular dicho derecho, el 5 de julio de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF) la LFPDPPP, cuyo objeto es regular el tratamiento legítimo, controlado e informado de los datos personales que estén en manos de particulares, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas, texto señalado en la propia ley.

En este sentido, al ser una regulación de reciente acuñación, derivada de una adición al texto constitucional mexicano, el objeto del presente trabajo es hacer un estudio respecto de los alcances tanto del texto fundamental y la LFPDPPP respecto del esquema de excepciones previsto en ambos textos jurídicos. Por ello, nos apoyaremos en los principales estándares y directrices internacionales en la materia, en virtud de que éstos constituyen la base y fundamento de la regulación nacional.

En el presente trabajo de investigación se analizará, en ese orden, el fundamento constitucional de la protección de datos personales; la LFPDPPP como legislación secundaria; la relación e implicaciones de la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP; las implicaciones de la LFPDPPP y su Reglamento en la práctica; los aspectos positivos y áreas de oportunidad de la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP; así como las posiciones de organismos internacionales respecto al tema. De todo lo anterior, se expondrán las respectivas conclusiones y reflexiones finales, así como la propuesta de solución a la problemática identificada.

³ Su fundamento es el segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN.

I. Fundamento constitucional

El 30 de abril del año 2009 se publicó en el DOF⁴ una adición al texto constitucional en su artículo 73, donde se le otorgó la facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares.⁵ Esta adición al texto constitucional tuvo su origen en una iniciativa presentada el 27 de marzo de 2007, cuyo texto fue aprobado en su integridad. La iniciativa abordó el tema, en la exposición de motivos, desde dos perspectivas, la primera como un derecho humano y la segunda como un aspecto de relevancia para el comercio nacional e internacional con implicaciones en la economía interna. Este fue uno de los primeros pasos en el marco jurídico de nuestro país en la materia.

Posteriormente, el 1° de junio de 2009 se publicó en el DOF la adición de un segundo párrafo al artículo 16 constitucional. Adición que sienta no sólo las bases sino los nuevos retos que implica un nuevo derecho reconocido expresamente por la CONSTITUCIÓN, que es el de la protección de las personas respecto de sus datos personales.⁶

El reconocimiento de este nuevo derecho trajo consigo una interesante redacción en tres sentidos: i) al establecer que toda persona tiene el

⁴ Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la CONSTITUCIÓN, publicado en el DOF el 30 de abril de 2009. Véase en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089047&fecha=30/04/2009 (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

⁵ Los artículos transitorios de la adición establecieron la obligación de expedir la ley de la materia en un plazo no mayor a un año, continuando vigentes mientras tanto las regulaciones en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares de las entidades federativas y del Distrito Federal.

⁶ En este sentido es menester señalar que “[...], los derechos fundamentales no constituyen una realidad estática que permanece inmutable desde su nacimiento hasta la actualidad, sino que se adaptan a los contextos históricos en los cuales serán aplicados, bien sea mediante una redefinición de los derechos ya existentes en otras épocas o mediante la incorporación al ordenamiento jurídico de un nuevo derecho que, debido al auge de las nuevas tecnologías de la información, tiene como meta proteger dichos derechos fundamentales.” Véase en: Cantoral Domínguez, Karla. *Derecho de Protección de Datos Personales de la Salud*. Novum, México, 2012. p. 69.

derecho a la protección de sus datos personales; ii) al establecer una serie de derechos que le permiten al titular de los datos disponer de su información personal⁷ y, iii) al establecer como mandato constitucional un esquema de excepciones a los principios que rijan el tratamiento⁸ de datos.

La disposición constitucional que nos ocupa señala: *“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”*⁹ [Énfasis añadido].

Del texto transcrito, se desprende que existe una obligación, por mandato constitucional, consistente en que la ley que regule el derecho a la protección de datos personales deberá establecer los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

La redacción, el contenido y los alcances del fundamento constitucional del derecho a la protección de datos personales resultan bastantes claros, sin embargo, con la finalidad de analizar de fondo este derecho es necesario conocer los argumentos que tuvo el legislador a través de su exposición de motivos que dio como resultado dicha adición a la CONSTITUCIÓN.

⁷ Acceder, rectificar, cancelar y oponerse a ciertas finalidades, mejor conocidos como derechos ARCO, para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

⁸ Por tratamiento se entiende la obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales (artículo 3° fracción XVIII de la LFPDPPP).

⁹ Corresponde al artículo 16 segundo párrafo de la CONSTITUCIÓN.

El 05 de abril del año 2006 se presentó en la Cámara de Senadores, como cámara de origen, la *“Iniciativa con Proyecto de Decreto por el cual se adicionan dos párrafos al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN].”*¹⁰ La iniciativa a la letra señala:

[...]

PROYECTO DE DECRETO POR EL CUAL SE ADICIONAN DOS PARRAFOS AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTÍCULO ÚNICO. *Se adicionan dos párrafos al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se insertan luego del primer párrafo y se recorren los subsecuentes, para quedar en los siguientes términos:*

Artículo 16. [...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes.

La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden público, seguridad, salud o para proteger los derechos de tercero.

[...]

Del texto transcrito, se desprende que el proyecto original planteaba la adición de dos párrafos: i) *“Toda persona tiene derecho a la protección*

¹⁰ Esta iniciativa fue presentada originalmente por el Senador, en ese momento, Antonio García Torres de la LIX Legislatura. Disponible en Gaceta del Senado de 05 de abril de 2006 en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=8392> (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes” y ii) “La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden público, seguridad, salud o para proteger los derechos de tercero”.¹¹

En la exposición de motivos de dicha iniciativa el legislador expuso los siguientes argumentos:

a) La iniciativa propone que la CONSTITUCIÓN reconozca en el artículo 16 la protección de los datos personales como un derecho fundamental, con la finalidad de darle estabilidad, eficacia y seguridad, puesto que es un derecho nuevo que es confundido con los derechos a la intimidad, a la privacidad (personal y familiar) y al honor.

b) El derecho a la protección de datos personales es considerado autónomo a nivel internacional en términos del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde de forma expresa reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de los datos personales que le conciernen.¹²

c) El derecho a la protección de datos personales implica el derecho que tiene toda persona a consentir la recogida, el uso

y conocer el estatus de sus datos personales, a ser informado quién los posee y con qué fin, a oponerse a la posesión y uso de los mismos, así como a su acceso, rectificación y cancelación.

d) La constitucionalización del derecho a la protección de datos personales tendría efectos normativos sobre la legislación derivada, ya que todo tratado, legislación o reglamento tendría que ajustarse a los extremos constitucionalmente previstos, y

e) El desarrollo del derecho a la protección de datos personales deberá hacerse vía legislación secundaria y reglamentaria.

Es menester resaltar que, la única finalidad que buscó el legislador fue que el derecho a la protección de datos personales se reconociera a nivel constitucional, respetando los parámetros específicos en que está redactado. Por tanto, la legislación secundaria debería ser acorde con el texto constitucional, de lo contrario, habría razón suficiente para declarar inválidas todas aquellas disposiciones que no se apeguen al mandato constitucional.

Posteriormente, el 18 de abril de 2006 las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos emitieron un dictamen de la iniciativa en comento el cual fue aprobado. En dicho dictamen se estableció la necesidad de reconocer a nivel constitucional el derecho a la protección de datos personales, como derecho autónomo, con la finalidad de brindar a dicho derecho certeza, seguridad y estabilidad, evitando que el reconocimiento del derecho fuera fruto de un largo proceso de construcción judicial. La iniciativa de adición fue aprobada en los mismos términos en que se presentó y turnada a la Cámara de Diputados para su discusión.

El proyecto de adición fue recibido en la Cámara de Diputados el 19 de abril de 2006, cuyo dictamen fue presentado hasta el 20 de septiembre de 2007 por la Comisión de Puntos Constitucionales. Tanto el dictamen como el proyecto fueron aprobados.¹³ En cuanto a

¹¹ Como se puede observar en la redacción original de la iniciativa, el tema de las excepciones a los principios se abordaba de una forma potestativa, más no obligaba a establecer dichos supuestos de excepciones por las razones planteadas en la legislación secundaria.

¹² El contenido del artículo es el siguiente: “Artículo 8.- Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.” Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.12.2000. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

¹³ De la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que adiciona dos párrafos al artículo 16 de la Constitución, aprobado en la Cámara de

las excepciones en el dictamen se señaló lo siguiente:

“[...]”

Esta nueva garantía constitucional consiste en la protección a la persona, en relación con la utilización que se de [sic] a su información personal, tanto por entes públicos como privados.

En términos de lo anterior, la estructura propuesta serviría de punto de partida para cualquier regulación que se emita en torno al derecho a la protección de datos, tanto en el ámbito público como en el privado, considerando que hasta ahora no se cuenta con una disposición a nivel constitucional en la que se establezcan el contenido y los alcances de este derecho, en cuanto a los principios, derechos y excepciones por los que se debe regir todo tratamiento de datos personales.

En cuanto al apartado de excepciones, al que se hace referencia en el texto que se dictamina, conviene destacar que el mismo encuentra su justificación en dos razones específicas, la primera, tiene como objeto dar certidumbre al gobernado respecto de los casos en los que será posible tratar sus datos sin que medie su consentimiento, desde el nivel constitucional. La segunda, tiene como finalidad dejar claro que este derecho encuentra límites frente a otros, en los que previa valoración de las circunstancias particulares, el derecho a la protección de datos puede ceder frente a los mismos, como sucede en el caso del derecho de acceso a la información pública gubernamental, en el que por razones de interés público determinados

datos personales se encuentran exceptuados de la aplicación de algunos de los principios y derechos que sustentan la protección de datos.

“[...]”¹⁴

De lo anterior se aprecia que, el tema de las excepciones sí tiene una razón de ser, la cual es justificable y relevante, sin embargo, para que dichas excepciones puedan utilizarse se tendrá que cumplir con lo que señala la norma constitucional, ya que como bien señala el dictamen en comentario su objeto es dar certidumbre jurídica al gobernado. Incluso esta certidumbre jurídica tiene que garantizarse frente a los límites del derecho. Lo que resulta importante es que, es un derecho humano reconocido a nivel constitucional, el cual está delimitado por la propia norma superior de nuestro orden jurídico, pero para que dicha limitación produzca efectos la legislación secundaria se tendrá que apegar de forma estricta al texto constitucional.

En el mismo dictamen, se reitera la obligación de establecer excepciones en la ley respecto a la observancia de los principios que rijan el tratamiento de los datos personales, bajo ciertos supuestos y condiciones. En este sentido, el dictamen de referencia se pronuncia a favor del tema en materia de excepciones, las cuales deberán estar sujetas a ciertos supuestos normativos, únicamente en lo que se refiere a los principios del tratamiento.

En ese orden de ideas, el citado dictamen realizó modificaciones a la iniciativa, los cuales fueron aprobados, quedando la iniciativa en los términos siguientes:

“[...]”

Por ello, esta Comisión dictaminadora considera la conveniencia de proponer ante el Pleno de esta Cámara en su calidad de revisora y para los efectos del inciso e) del artículo 72 Constitucional, la aprobación

Diputados con 333 votos el jueves 20 de septiembre de 2007, y devuelto en esa fecha a la Cámara de Senadores para los efectos de lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución.

14 Dictamen disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/sep/20070918-II.html> (Consultado con fecha 16 de junio de 2014).

de la modificación al artículo 16 constitucional en materia de protección de datos personales.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, los integrantes de la Comisión de Puntos Constitucionales sometemos a la consideración de esta Cámara revisora, el siguiente:

PROYECTO DE DECRETO QUE ADICIONA DOS PÁRRAFOS AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTÍCULO ÚNICO. Se adiciona un segundo y tercer párrafos recorriéndose los subsecuentes en su orden al artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

“Artículo 16. [...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos, y en su caso, obtener su rectificación, cancelación y manifestar su oposición en los términos que fijen las leyes.

La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para proteger los derechos de tercero.

[...].”

Como se puede observar, en las modificaciones a la iniciativa original, el tema de las excepciones a los principios se mantiene de forma potestativa, dejando al legislador, en la legislación secundaria, la opción de establecer o no dichos supuestos de excepciones por las razones señaladas.

Posteriormente, el 25 de septiembre de 2007, ya la iniciativa en comento en el Senado, se turnó a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Estudios Legislativos, Segunda, para su estudio y dictaminación respecto de las modificaciones realizadas al proyecto original. El dictamen se emitió por dichas Comisiones en sentido negativo, por obvias razones, hasta el 27 de octubre de 2009,¹⁵ dando por concluido el procedimiento legislativo de la iniciativa original.¹⁶

Aun cuando la iniciativa original para el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en el artículo 16 constitucional no prosperó, el 25 de noviembre de 2008, diversos senadores¹⁷ de distintas fracciones parlamentarias presentaron otra iniciativa muy similar a la presentada el 5 de abril de 2006,¹⁸ denominada “*Iniciativa con*

15 Por obvias razones en virtud de que el 01 de junio del año 2009 se publicó en el DOF el “*Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN]*”, es decir, se reconoce el derecho a la protección de datos personales en los términos actuales con motivo de una segunda iniciativa presentada en el Senado de la República.

16 El dictamen está publicado en la Gaceta del Senado en las fechas 05 y 10 de noviembre del año 2009.

17 Los Senadores fueron Santiago Creel Miranda, Alejandro González Alcocer, Pablo Gómez Álvarez y Pedro Joaquín Coldwell.

18 De acuerdo al dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y Estudios Legislativos, Segunda, del Senado, de la Minuta proyecto de decreto por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 27 de octubre del año 2009 y publicado en la Gaceta del Senado el 10 de noviembre del mismo año, el cual dio por concluido el proceso legislativo de la iniciativa de 2006, señala que el 12 de noviembre de 2008 se llevó a cabo una reunión de trabajo de la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado, en la que al analizar la minuta en comento, en términos generales se estuvo de acuerdo con las modificaciones propuestas por la Colegisladora. No obstante, de la lectura y análisis detallado de la nueva disposición constitucional contenida en la minuta analizada, se encontró que

Proyecto de Decreto que adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN], la cual fue turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. El segundo párrafo propuesto al artículo 16 de la CONSTITUCIÓN fue en los términos siguientes:

“[...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

[...]”

Posteriormente, el 04 de diciembre de 2008, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado emitieron el dictamen de la iniciativa, el cual fue aprobado y se turnó a la Cámara de Diputados. En lo que respecta al tema que nos ocupa acerca del esquema de excepciones a los principios que rigen el tratamiento de datos personales, la iniciativa en comento de 2008, previó como obligación que la legislación secundaria que regule el derecho a la protección de datos personales deberá establecer los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros, dejando a un lado la antigua propuesta que establecía

existían algunos problemas de redacción y sintaxis que podrían ser superados con una nueva redacción de la reforma propuesta, que inclusive podría expresarse de manera más clara y sencilla en un solo párrafo. En ese sentido, toda vez que el inciso e) del artículo 72 constitucional limita la capacidad de revisión por parte de la Cámara de Origen a una diversa modificación o reforma realizada por la Cámara Revisora a la minuta originalmente enviada, se optó por presentar una nueva iniciativa, la cual es la del 25 de noviembre de 2008, que dio origen al texto constitucional hoy vigente.

el tema con carácter potestativo. De la iniciativa primigenia “[...] *la ley puede establecer supuestos de excepción [...]*”, pasó a “[...] *[la ley] la cual establecerá los supuestos de excepción [...]*”, donde los términos “puede” y “establecerá” son términos que plasmados en la CONSTITUCIÓN tienen implicaciones jurídicas completamente diferentes y con distintos alcances.

Del dictamen referido, es importante rescatar que señala que con dicha reforma se asegura el derecho a la protección de datos personales a nivel nacional, extendiendo su aplicación a todos los niveles y sectores en dos ámbitos fundamentales, los que están en posesión de los entes públicos y los que están en poder del sector privado.

En lo que respecta a los supuestos de excepción, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado, señalaron que “[...] *la protección de datos personales puede estar sujeta a excepciones bajo ciertos supuestos y condiciones, esto es sólo en los casos en los que por su trascendencia este derecho se encuentre en contraposición con otros derechos y amerite una ponderación de la autoridad teniendo presente el bien común, como es el caso de la seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de tercero. Puesto que la categoría de un derecho fundamental no puede ser un derecho superior a cualesquier otro o bien a intereses sociales o públicos.*” En este sentido, respecto de dichos supuestos, las Comisiones señalaron que éstos deberán de precisarse en la ley y en el citado dictamen se pronunciaron respecto de cuatro de las cinco razones, omitiendo derechos de terceros, en los términos siguientes:

“ [...], *se estima admisible que los derechos relativos a los datos personales puedan estar sujetos a excepciones bajo ciertos supuestos y condiciones:*

- **Seguridad nacional.-** *toda [sic] vez que es indispensable mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano.*

- **Disposiciones de orden público.-** ya [sic] que el orden público tiene un sentido de equidad que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad el orden público representa el núcleo íntegro de la sociedad.¹⁹
- **Seguridad pública.-** por [sic] ser una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas.
- **Salud pública.-** en [sic] virtud de que ésta también es responsabilidad del Estado, a quien corresponde controlar o erradicar enfermedades, así como prevenir los riesgos que afectan a la salud del conjunto de la población y promocionar hábitos de vida saludables.”

Respecto de establecer los supuestos de excepción por las razones anteriormente señaladas, de forma muy clara, y con vital relevancia para el presente objeto de estudio, las Comisiones señalaron lo siguiente:

[...]

Conviene recordar que al adquirir el derecho a la protección de datos personales el carácter de un derecho fundamental, resulta indispensable que las excepciones a la aplicación de los principios que rigen la materia sean establecidas al mismo nivel jerárquico, es decir, en la Ley Fundamental, a efecto de que en virtud del principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 de la Carta Magna, se asegure desde el máximo nivel normativo

cuáles son los límites a los que se pueden someter los citados principios, así como los parámetros en función de los que deberá desarrollarse cualquier instrumento normativo. En el caso que nos ocupa queda claro además que existe una reserva de ley en la materia, es decir, que el desarrollo de los supuestos de excepción establecidos en la Constitución deberán ser desarrollados únicamente en instrumentos de rango legislativo.

[...]

La cita anterior, reviste una especial relevancia, ya que parte de un argumento bastante sólido, dotado de toda una doctrina, historia, práctica y precedentes en el derecho constitucional, consistente en el principio de supremacía constitucional. En términos de este principio, el derecho a la protección de los datos personales cuenta con esta máxima protección, por sobre toda norma secundaria, en este sentido, no hay margen, o bien, no debería de haber margen de actuación en contra de la CONSTITUCIÓN y si en ésta se establece una obligación, esta obligación adquiere el rango constitucional, y, por tanto, tendrá que ser cumplida en los términos que disponga.

Una vez aprobado el dictamen en comento del 4 de diciembre del 2008, se turnó a la Cámara de Diputados, quien la turnó al día siguiente a la Comisión de Puntos Constitucionales, el cual fue aprobado en dicha Comisión el 09 de diciembre del mismo año, siendo aprobado el “Proyecto de Decreto que adiciona un párrafo segundo al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN]” en la Cámara de Diputados con 340 votos el 11 de diciembre de 2008, pasando a las legislaturas de las entidades federativas, donde fue aprobado por 18 legislaturas, concluyendo con su publicación en el DOF el 01 de junio del año 2009, en los términos siguientes:

¹⁹ Nótese que el tema en estricto sentido son “disposiciones de orden público”, es decir aquellas disposiciones que por ministerio de ley tienen esa naturaleza, y no “orden público” como concepto jurídico indeterminado en los términos señalados.

DECRETO

“EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, [...], DECLARA ADICIONADO UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Artículo Único.- Se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. [...].

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

[...] [Énfasis añadido].²⁰

La disposición transcrita constituye el parámetro de regulación constitucional en materia de protección de datos personales en México, razón por la cual toda regulación y autoridad deberá proteger dicho derecho con la protección más amplia en favor de toda persona.²¹

²⁰ “DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

²¹ No sobra señalar que para Jacqueline Peschard este derecho es un derecho subjetivo, autónomo y de tercera generación, el cual es imprescindible en el desarrollo de una sociedad democrática. Véase más en: Ornelas Núñez, Lina, y Piñar, José Luis (coord.). *La protección de datos personales en México*. Tirant lo Blanch, México,

II. Legislación secundaria

La LFPDPPP, como legislación secundaria, en una disposición de tres líneas establece el marco para limitar los derechos y principios en materia de protección de datos personales.²² En su artículo 4 señala lo siguiente:

“Artículo 4.- Los principios y derechos previstos en esta Ley, tendrán como límite en cuanto a su observancia y ejercicio, la protección de la seguridad nacional, el orden, la seguridad y la salud públicas, así como los derechos de terceros.”

Del numeral citado se desprende en términos generales que, tanto los principios como los derechos tienen un límite en cuanto a su observancia y ejercicio basados en los temas considerados razones por la CONSTITUCIÓN en su artículo 16 segundo párrafo. De forma complementaria, el Reglamento de la LFPDPPP para el mismo tema señala en su artículo 88 lo siguiente:

“Artículo 88. El ejercicio de los derechos ARCO podrá restringirse por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceras personas, en los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia, o bien mediante resolución de la autoridad competente debidamente fundada y motivada.”

El numeral transcrito reitera las limitaciones que tienen los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) por las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, sin embargo, del término “orden público” establecido en la LFPDPPP pasó a “disposiciones de

2013. p. 19. Asimismo, este derecho es una valiosa herramienta para hacer valer otros derechos del individuo.

²² En este Capítulo se hace el análisis de la LFPDPPP de forma aislada sin hacer referencia a la CONSTITUCIÓN.

orden público” los cuales son términos distintos y agrega “en los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia” lo cual quiere decir que dichos derechos y principios serán restringidos en los casos previstos por las leyes en materia de seguridad nacional, de seguridad y salud públicas, disposiciones consideradas de orden público, así como leyes que protejan derechos de terceras personas, en virtud de que sólo en estas materias pueden ser limitados tanto los derechos como los principios. Aunado a esto, adiciona una sexta razón consistente en la resolución de una autoridad competente debidamente fundada y motivada.

Al analizar la LFPDPPP y su Reglamento en su conjunto, podemos derivar que en términos de la adición que hace el Reglamento con base en las razones expuestas, las autoridades competentes son aquellas que tengan atribuciones en materia de seguridad nacional, orden público, seguridad y salud públicas y aquellas que protejan derechos de terceros, esto es así porque sólo en términos de estas razones, de acuerdo a la LFPDPPP y su Reglamento, es como se pueden restringir o limitar los derechos ARCO y los principios.

Correlacionado a lo anterior, es necesario exponer el siguiente numeral de la LFPDPPP:

“Artículo 34.- El responsable podrá negar el acceso a los datos personales, o a realizar la rectificación o cancelación o conceder la oposición al tratamiento de los mismos, en los siguientes supuestos:

I. Cuando el solicitante no sea el titular de los datos personales, o el representante legal no esté debidamente acreditado para ello;

II. Cuando en su base de datos, no se encuentren los datos personales del solicitante;

III. Cuando se lesionen los derechos de un tercero;

IV. Cuando exista un impedimento legal, o la resolución de una autoridad competente, que restrinja al acceso a los datos personales, o no permita la

rectificación, cancelación u oposición de los mismos, y
V. Cuando la rectificación, cancelación u oposición haya sido previamente realizada.

La negativa a que se refiere este artículo podrá ser parcial en cuyo caso el responsable efectuará el acceso, rectificación, cancelación u oposición requerida por el titular.

En todos los casos anteriores, el responsable deberá informar el motivo de su decisión y comunicarla al titular, o en su caso, al representante legal, en los plazos establecidos para tal efecto, por el mismo medio por el que se llevó a cabo la solicitud, acompañando, en su caso, las pruebas que resulten pertinentes.”

El artículo anterior resulta importante, esto en virtud de que se establecen supuestos en que el responsable puede²³ negar el ejercicio de los derechos ARCO, lo cual, parcialmente, no se debe confundir con lo dispuesto en la propia CONSTITUCIÓN.

Para tales efectos exponemos las siguientes consideraciones en relación a lo previsto en el citado artículo 34 de la LFPDPPP, conforme a lo siguiente: i) en la fracción I, no es que exista una excepción, restricción o limitación en estricto sentido a dichos derechos, sino para que un derecho pueda ser ejercido lo tiene que hacer valer el titular del mismo, personalmente o a través de su representante legal, lo cual en dicha fracción no sucede, por tanto no hay limitación ya que no le asiste o no es el titular del derecho el que lo solicita, es decir, no hay ningún derecho que reclamar; ii) en la fracción II, al igual que el argumento anterior, no es como tal una excepción, limitación o restricción a dichos derechos, en virtud de que no hay materia para su ejercicio. La persona ejerce un derecho de protección de datos, pero si no existe dicha información no hay derecho que exigir; iii) En

²³ Se utiliza un término potestativo, es decir podrá o no hacerlo de acuerdo al caso concreto.

la fracción III, sí existe una limitación en términos del artículo 4 de la LFPDPPP y 88 de su Reglamento; iii) en la fracción IV, al hablar de impedimento legal o resolución de autoridad competente, el impedimento deberá ser materia de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas así como para proteger derechos de terceros o bien de una resolución de alguna autoridad con atribuciones en dichas materias, y v) en la fracción V, estamos ante la presencia de limitaciones formales y materiales que pueden o no actualizarse. Utilizando el término “podrá” el responsable se enfrenta ante lo siguiente: si cancela los datos materialmente no podrá brindar su acceso, rectificación y oposición; pero si se ejercen los otros tres derechos formal y materialmente sí podrá brindar su acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Ahora bien, respecto del derecho más controvertido, el derecho de cancelación, éste también encuentra limitación en el artículo 26 de la LFPDPPP en los términos siguientes:

“Artículo 26.- El responsable no estará obligado a cancelar los datos personales cuando:

I. Se refiera a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento;

II. Deban ser tratados por disposición legal;

III. Obstaculice actuaciones judiciales o administrativas vinculadas a obligaciones fiscales, la investigación y persecución de delitos o la actualización de sanciones administrativas;

IV. Sean necesarios para proteger los intereses jurídicamente tutelados del titular;

V. Sean necesarios para realizar una acción en función del interés público;

VI. Sean necesarios para cumplir con una obligación legalmente adquirida por el titular, y

VII. Sean objeto de tratamiento para la prevención o

para el diagnóstico médico o la gestión de servicios de salud, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional de la salud sujeto a un deber de secreto.”

La disposición anterior, se reitera como una de las más importantes en cuanto a tener que restringir el derecho de cancelación, de lo cual se desprende que este derecho a la protección de datos personales no es absoluto.

Cada uno de los supuestos está completamente justificado para guardar armonía con todo el marco jurídico, que se compone por distintas materias en las que el Estado tiene atribuciones. En el caso de las fracciones I, III, IV, VI y VII estamos ante la presencia de supuestos basados en proteger derechos ¿de quién? de terceros como un particular, un menor, del propio Estado o autoridad, o hasta del mismo titular de los datos. En el caso de la fracción II no es que los datos tengan que ser utilizados por el responsable, sino que se refiere a los plazos de conservación²⁴ de información que contengan datos personales. Por último, en cuanto a la fracción V, estamos en la presencia de un concepto indeterminado que para garantizar seguridad jurídica al gobernado tendrá que estar fundado y motivado conforme el caso concreto.

En lo que respecta a las excepciones de los principios que rigen el tratamiento de datos, el artículo 10 de la LFPDPPP establece una serie de supuestos que atienden a diferentes razones, el artículo de referencia dispone:

²⁴ Consideramos que dentro de la definición de “tratamiento” establecida en la fracción XVIII del artículo 3 de la LFPDPPP, se adicione el término “conservación”, para que la fracción II del artículo 26 de la LFPDPPP quede armonizada con sus implicaciones. La propuesta a considerar es la siguiente: *“Tratamiento: La obtención, uso, divulgación, conservación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.”*

“Artículo 10.- No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando:

I. Esté previsto en una Ley;

II. Los datos figuren en fuentes de acceso público;

III. Los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación;

IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;

V. Exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes;

VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente, o

VII. Se dicte resolución de autoridad competente.”

Conforme al citado artículo, el tema de las excepciones al cumplimiento de los principios tiene una razón de ser muy importante, esto en virtud de que hay cuestiones de hecho y de derecho que no pueden dejar de ser tomadas en consideración en virtud de que protegen derechos tanto del propio titular como de cualquier tercero. En el caso que nos ocupa, el principio del consentimiento es la piedra angular para lograr una efectiva protección de datos personales,²⁵ ya que el titular tiene

²⁵ Como regla general en términos del artículo 8 de la LFPDPPP todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por dicha ley.

todo el derecho de decidir quién y cómo tratan sus datos personales (autodeterminación informativa). Sin embargo, aún y cuando este principio tiene reglas para su aplicación, en la problemática del día a día tiene razón de ser su limitación en cuanto a ciertos supuestos.²⁶

Del mismo modo, sin entrar en más detalle en cuanto a las transferencias de datos personales, en el artículo 37 de la LFPDPPP se establecen los supuestos en que dichas transferencias podrán llevarse a cabo sin el consentimiento del titular, el citado artículo establece:

“Artículo 37.- Las transferencias nacionales o internacionales de datos podrán llevarse a cabo sin el consentimiento del titular cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando la transferencia esté prevista en una Ley o Tratado en los que México sea parte;

II. Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios;

III. Cuando la transferencia sea efectuada a sociedades controladoras, subsidiarias o afiliadas bajo el control común del responsable, o a una sociedad matriz o a cualquier sociedad del mismo grupo del

²⁶ Un ejemplo es, para el tratamiento de datos personales sensibles como lo son los referentes al estado de salud de las personas es necesario recabar el consentimiento expreso y por escrito en términos de los artículos 8 y 9 de la LFPDPPP. Por ejemplo, si una persona sufre un accidente y llega en un estado de salud grave al grado de estar inconsciente al área de urgencias de un establecimiento médico, la primera acción de los profesionales de la salud será hacer todos aquellos esfuerzos para tratar de garantizar la salud y la vida de dicha persona y sería incongruente que no pudieran brindarle el servicio de atención médica por no contar con el consentimiento expreso y por escrito de la persona para tratar sus datos personales, ya que ésta está imposibilitada para otorgarlo. Este caso como muchos otros atiende a la salvaguarda de un interés jurídico tutelado por nuestro marco jurídico, que se traduce en los derechos a la salud y a la vida.

responsable que opere bajo los mismos procesos y políticas internas;

IV. Cuando la transferencia sea necesaria por virtud de un contrato celebrado o por celebrar en interés del titular, por el responsable y un tercero;

V. Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público, o para la procuración o administración de justicia;

VI. Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial, y

VII. Cuando la transferencia sea precisa para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica entre el responsable y el titular.”

Del artículo citado, en el caso de la fracción I estamos ante la presencia de una excepción basada en que el tratamiento esté previsto en una disposición legal.²⁷ La fracción II se basa en proteger los derechos a la salud y a la vida (derechos del titular o de terceros). La fracción III atiende a la práctica comercial en donde las estructuras corporativas abarcan a un sinnúmero de empresas relacionadas que atienden servicios y productos en común bajo la responsabilidad de una empresa matriz. En el caso de la fracción V nos encontramos ante un concepto indeterminado que tendrá que ser fundado y motivado conforme al caso concreto. En el caso de la administración de justicia estamos ante la presencia de la protección de derechos de terceros y en la procuración de justicia estamos ante la obligación del Estado en la prevención, investigación y persecución de los delitos. Por su parte, las fracciones VI y VII son también supuestos para la protección de derechos de terceros.

III. La Constitución y la LFPDPPP

²⁷ Las transferencias entran dentro de la definición de tratamiento de datos personales en términos del artículo 3 fracción XVIII de la LFPDPPP.

El artículo 16 de la CONSTITUCIÓN en su párrafo segundo señala: “*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.*”

Como señalamos en apartados anteriores, el reconocimiento constitucional de este derecho trajo consigo una interesante redacción en tres sentidos, el primero al establecer que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales; segundo, al establecer una serie de derechos que le permiten al titular de los datos disponer de su información personal²⁸ y, tercero, al establecer como obligación constitucional un esquema de excepciones a los principios que rijan el tratamiento de datos.

Del texto transcrito se desprende que, existe una obligación de jerarquía constitucional consistente en que la ley que regule dicho derecho, en este caso la LFPDPPP, deberá establecer los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Para los efectos de la presente, es necesario hacer una tajante distinción, una cosa son los principios y otra muy diferente son los derechos.²⁹ Como principios tenemos ocho (licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad), mientras que como derechos tenemos uno genérico que es en sí el derecho a la protección de la información personal, y

²⁸ Acceder, rectificar, cancelar y oponerse a ciertas finalidades, mejor conocidos como derechos ARCO, para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

²⁹ Aunado a que son temas completamente distintos en cuanto a su naturaleza jurídica, ambos constituyen el derecho a la protección de datos personales como un todo, ya que la eficacia de los derechos depende de los principios y viceversa.

como especie tenemos los derechos ARCO que constituyen el también nominado derecho a la autodeterminación informativa.

Mientras que los principios al ser aplicados pueden garantizar una efectiva protección de la información personal, los derechos garantizan la voluntad y libertad del titular de decidir sobre la situación de sus datos personales, es decir, no basta que el responsable de los datos aplique los principios para tratar datos personales, ya que el titular, aún y con el cumplimiento de los principios por parte del responsable, puede perfectamente decidir sobre su información personal.³⁰

Ahora bien, para efectos de contrastar y apreciar las diferencias entre el texto constitucional y el de la LFPDPPP, se muestra el siguiente cuadro, con ciertos énfasis en negritas y sus respectivas consideraciones:

CONSTITUCIÓN	LFPDPPP
<p>Artículo 16. [...] Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.</p>	<p>Artículo 4.- Los principios y derechos previstos en esta Ley, tendrán como límite en cuanto a su observancia y ejercicio, la protección de la seguridad nacional, el orden, la seguridad y la salud públicos, así como los derechos de terceros.</p>

Del cuadro anterior, conforme al texto de ambas disposiciones, se desprende lo siguiente:

- a. La CONSTITUCIÓN al señalar “[...] en los términos que fije la ley, [...]” se entiende la forma en que serán ejercitados los derechos ARCO, es decir, qué necesita el titular para

³⁰ Desde el punto de vista material los principios que rigen el tratamiento en materia de protección de datos personales constituyen también derechos para el titular de los datos y, por ende, obligaciones para el responsable de la información. Una persona perfectamente puede exigir a un responsable que le ponga a su disposición el aviso de privacidad, que no es otra cosa que la materialización del principio de información.

ejercer dichos derechos y cómo lo va a realizar, lo cual sí está establecido en la LFPDPPP;

- b. La CONSTITUCIÓN al señalar “[...] la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de [...]” se refiere a que la ley que regule el derecho tiene la obligación, por mandato constitucional, de establecer supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento por diversas razones que son específicas;³¹

- c. La CONSTITUCIÓN ordenó establecer en la legislación secundaria supuestos de excepción a los principios por las razones mencionadas, pero sólo respecto de los principios, no respecto de los derechos. De haber sido su voluntad del Constituyente el establecer supuestos de excepción también a los derechos la redacción debió de ser distinta para no dejar ninguna duda o confusión;

- d. La LFPDPPP establece una limitación expresa no sólo a los principios sino también a los derechos, contraviniendo lo dispuesto por la CONSTITUCIÓN. Por tanto, podemos afirmar que la LFPDPPP viola directamente la CONSTITUCIÓN al limitar en cuanto a su observancia y ejercicio el derecho humano a la protección de datos personales;

- e. La CONSTITUCIÓN hace una clara diferencia entre supuestos de excepción y las razones en las que estarán basados dichos supuestos. Las razones³² están establecidas en la LFPDPPP pero los supuestos no. Por tanto, la LFPDPPP vuelve a contravenir de forma expresa lo dispuesto por la CONSTITUCIÓN, ya que no desarrolla los supuestos de

³¹ Las razones son seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros y están establecidas en la CONSTITUCIÓN.

³² Las razones son: seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

excepción ordenados por la norma de mayor jerarquía,³³ y

f. La CONSTITUCIÓN hace referencia a “disposiciones de orden público”, mientras que la LFPDPPP habla de “orden público”, lo cual son términos con distintas implicaciones, mientras que el orden público es un concepto jurídico indeterminado, las disposiciones de orden público son aquellas disposiciones consideradas como tales o con dicha naturaleza por la propia ley en la que se encuentran.³⁴ Por ello, al hablar de disposiciones de orden público, abre la posibilidad a que los supuestos de excepción puedan estar establecidos en disposiciones consideradas con dicha naturaleza, distintas de la LFPDPPP.

Conforme a todo lo expuesto anteriormente, y conforme a la letra de lo establecido en la CONSTITUCIÓN es menester resaltar que, la LFPDPPP que tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas, es a la vez el propio instrumento jurídico que violenta el derecho humano a la protección de datos personales, ya que viola de forma directa el fundamento constitucional del cual emana.

Por tanto, podemos concluir que la LFPDPPP va más allá de lo

33 Es menester señalar que el Reglamento de la LFPDPPP tampoco hace el desarrollo de los supuestos de excepción que prevé la norma constitucional y se limita únicamente a hacer referencia, respecto de los derechos ARCO, a lo que dispongan las leyes aplicables de la materia, o bien mediante resolución de autoridad competente. Aunado a que el texto constitucional establece la obligación a la ley secundaria y no a la reglamentaria.

34 Aunque es un argumento sujeto a crítica, lo cierto es que son términos completamente distintos con distintos alcances. La propia LFPDPPP en su artículo primero señala: “*Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.*” Este artículo soporta nuestro argumento.

establecido por la CONSTITUCIÓN al limitar derechos humanos y, por tanto, puede dejar sin efectos el esquema de excepciones a los principios al no desarrollar los respectivos supuestos ordenados por la propia CONSTITUCIÓN.

IV. La LFPDPPP y su Reglamento en la práctica

En términos de la LFPDPPP y su Reglamento, de aplicarse en el sentido en que están redactadas las citadas disposiciones, éstas tendrían una aplicación controvertida.

La información que regula la LFPDPPP y su Reglamento está en posesión de particulares, personas físicas y morales de carácter privado. El esquema de supuestos de excepción por las razones establecidas podrían no ser aplicados por un particular, salvo por la razón de salud pública y derechos de terceros.³⁵

Para que se actualicen las limitaciones establecidas en la LFPDPPP y su Reglamento tendrían que ser fundadas y motivadas únicamente por una autoridad, salvo por los dos casos previstos en el párrafo anterior. La cuestión de fondo radica en que la información está en posesión de particulares, no de autoridades.

Por tanto, los supuestos para que operen las disposiciones de referencia en la práctica es que exista un acceso a los datos personales en posesión de un particular por parte de una autoridad, o bien, que el responsable de los datos realice una transferencia de información personal a la autoridad por solicitud de ésta, todo esto con fundamento en el artículo 4 de la LFPDPPP y 88 de su Reglamento.

En ambos casos se da un contacto autoridad-responsable y como consecuencia las principales interrogantes que surgen son ¿el responsable puede oponerse a otorgar el acceso o realizar la transferencia de los datos personales de una persona a cualquier autoridad distinta de las autoridades judiciales?, ¿el responsable puede tener legitimación para interponer un medio de defensa, juicio

35 Esto porque los servicios de salud son prestados también por particulares, así como los derechos de terceros que también podrán ser sujetos de derecho privado.

de amparo, en contra de una autoridad para proteger un derecho humano consistente en la protección de datos de un titular?, ¿cuándo se entera el titular de los datos de esos supuestos?, ¿el responsable debe o no avisar al titular del requerimiento que le hace la autoridad de su información?, ¿debe autorizar dicho acceso una autoridad judicial para brindar seguridad jurídica al titular de los datos y bajo qué reglas, garantías y responsabilidades?

Como posible respuesta a las interrogantes anteriores, en términos de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa, legalidad y formalidades esenciales del procedimiento, si una autoridad solicita el acceso o la transferencia de datos personales de un titular con fundamento en los artículos 16 de la CONSTITUCIÓN, 4 de la LFPDPPP y/o 88 de su Reglamento por cualquiera de las razones citadas en la CONSTITUCIÓN, el responsable de los datos podrá interponer un medio de defensa por violación a lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la CONSTITUCIÓN en sus párrafos segundo y primero respectivamente, en virtud de que el acto de autoridad en su fundamento contraviene lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, ya que la LFPDPPP y su Reglamento no establecen los supuestos de excepción ordenados por la propia Constitución.³⁶

Por tanto, los artículos en cita de la LFPDPPP y su Reglamento son un riesgo al existir una contravención a la CONSTITUCIÓN y un vacío legal. Este riesgo puede dejar sin efectos el esquema de excepciones cuando una causa importante sí lo amerite.

El tema que nos ocupa, reiteramos, deja entrever que al dejar un vacío legal en la legislación secundaria para facilitar actuaciones en materia de las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, en realidad

³⁶ Esto encierra otra problemática relevante, por poner un ejemplo, ¿cuántos responsables combatirían legalmente un acto de autoridad como la solicitud de acceso a datos o la transferencia de los mismos por razones de seguridad nacional? Por ello, no debe existir una diferencia, es un derecho humano protegido por la CONSTITUCIÓN y su ejercicio y excepciones tienen que ser muy claras para garantizar seguridad a cualquier titular y a cualquier responsable independientemente de su condición social o económica.

no facilitan dichas actuaciones, sino que por el contrario las ponen en riesgo, ya que en términos de la aplicación estricta de la ley pueden dejar sin efectos los actos de las autoridades en dichas materias.

Asimismo, estas contravenciones en las normas y vacíos legales se convierten en un medio de defensa legítimo que puede interponer cualquier responsable de datos para frenar la discrecionalidad de las autoridades administrativas en el acceso y, por ende, tratamiento de datos en posesión de personas de carácter privado. Razón por la cual, al no existir reglas claras y un marco jurídico adecuado el tema, dicha situación por sí solo atenta contra derechos humanos y contra la seguridad jurídica de los gobernados.

¿Por qué es importante el tema? Porque las autoridades competentes en términos de la LFPDPPP y su Reglamento, como títulos aparentemente legales habilitantes, podrán (o lo están ya haciendo) obtener, usar, divulgar, almacenar, acceder, manejar, aprovechar, transferir y disponer de los datos personales de una persona en posesión de un responsable, llámese banco, hospital, laboratorio, escuela, club deportivo, universidad, por motivos de seguridad nacional, orden, seguridad y salud públicos, así como para proteger derechos de terceros. Es decir, a través de las respectivas disposiciones, el legislador abrió una ventana de oportunidad a las autoridades para acceder a la información de personas físicas en posesión de personas de derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, las autoridades competentes podrían acceder o están accediendo a la siguiente información³⁷, por ejemplificar el tema: i) datos de identificación y contacto: nombre, estado civil, RFC, CURP, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad, domicilio, teléfono particular y celular, correo electrónico, firma autógrafa y electrónica, edad y fotografía; ii) datos sobre características físicas: color de piel, de iris, de cabello, señas particulares, estatura, peso,

³⁷ En términos del artículo 3 del Reglamento de la LFPDPPP, los datos personales podrán estar expresados en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo.

cicatrices y tipo de sangre; iii) datos biométricos: imagen del iris, huella dactilar, reconocimiento facial y de voz, y palma de la mano; iv) datos laborales: puesto o cargo que desempeña, domicilio de trabajo, correo electrónico institucional, teléfono institucional, referencias laborales, información generada durante los procesos de reclutamiento, selección y contratación y capacitación laboral; v) datos académicos: trayectoria educativa, títulos, cédula profesional, certificados y reconocimientos; vi) datos patrimoniales y/o financieros: bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos, egresos, cuentas bancarias, transferencias, inversiones, número de tarjetas de crédito, seguros y afores; vii) datos sobre pasatiempos, entretenimiento y diversión: pasatiempos, aficiones, deportes que practica y juegos de interés; viii) datos sobre la ideología; creencias religiosas, filosóficas o morales, opiniones políticas y afiliación sindical; ix) datos de salud: estado de salud física y mental e información genética; x) datos sobre la vida sexual: preferencias sexuales, prácticas o hábitos sexuales, y xi) datos de origen étnico o racial: pertenencia a un pueblo, etnia o región.³⁸

Ahora bien, las siguientes interrogantes surgen respecto al tema, una vez que tengan acceso a la información personal ¿qué pasa con dicha información?, ¿por cuánto tiempo tienen que tratar dichos datos?, ¿si la información obtenida se utiliza para constituir pruebas cuánto tiempo tienen las autoridades para presentarlas para que éstas sean válidas?, ¿qué pasa si la información personal no es tratada para los fines por los cuales fue obtenida?, ¿quién vigila, garantiza y protege el derecho humano de una persona cuando su información de estar con un particular pasó a una autoridad?, ¿qué pasa cuando la autoridad por “equivocación” accede a información a la que no debía acceder?, ¿qué parámetros sigue la autoridad para determinar qué tanta información personal y de qué tipo necesita conocer para dichas finalidades atendiendo al principio de proporcionalidad?, ¿las

38 Información referenciada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

autoridades cómo miden el grado de invasión a la vida privada de las personas?, y ¿qué responsabilidad tienen las autoridades cuando violan el derecho humano a la protección de datos personales de las personas?

El tema es más complejo de lo que parece y al otorgarle la protección constitucional no puede ser vulnerado, limitado, restringido e inobservado en términos de vacíos legales y falta de uniformidad, como lo está al día de hoy.

V. Pros y Contras de la Constitución y de la LFPDPPP

Lo expuesto en los apartados anteriores se concluye de un análisis conforme al derecho positivo, es decir, de acuerdo con las disposiciones vigentes tanto de la CONSTITUCIÓN como de la LFPDPPP. Sin embargo, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que deben ser subsanadas para lograr una uniformidad en el tema y una protección real de los datos personales en México.

Sin duda alguna, es un acierto el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en la CONSTITUCIÓN. Sin embargo, conforme a los términos en que está redactado el derecho, las excepciones sólo aplican a los principios y no a los derechos. La realidad jurídica y práctica, es que hay motivos o razones de hecho y de derecho suficientes e importantes para limitar esas prerrogativas y principios establecidos en la CONSTITUCIÓN.

En lo que respecta a la LFPDPPP, si bien contraviene lo dispuesto en la CONSTITUCIÓN por las razones analizadas en los apartados anteriores, deja entrever en sus disposiciones que, al igual, hay razones de hecho y de derecho bastantes suficientes e importantes para limitar tanto los derechos como los principios.

El común denominador entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP es que deben de garantizar una efectiva y real protección de datos personales, por ello los esquemas de excepción tienen que ser uniformes y estar homologados, de lo contrario surgen problemáticas jurídicas en torno a vacíos legales e interpretaciones, que pueden ser utilizados por las

autoridades para actuar con discrecionalidad y subjetividad, lo que pone de manifiesto, en caso de controversia, la contradicción de la LFPDPPP con la CONSTITUCIÓN. Esto se traduce en falta de seguridad jurídica para cualquier persona.

Por tanto, consideramos incorrecto que la CONSTITUCIÓN no establezca de forma expresa que el derecho a la protección de datos personales tenga excepciones. Por el contrario, consideramos correcto que establezca la obligación de desarrollar, en la legislación secundaria, los supuestos de excepción basados en diversas razones.³⁹

En cuanto a las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, consideramos que es necesario se establezcan sus respectivos supuestos de excepción, tanto a los principios como a los derechos, es decir:

- Supuestos de excepción por motivos de seguridad nacional
- Supuestos de excepción por motivos de disposiciones de orden público
- Supuestos de excepción por motivos de seguridad pública
- Supuestos de excepción por motivos de salud pública
- Supuestos de excepción para proteger derechos de terceros

Aunado a las 5 razones señaladas, consideramos que la relativa “para proteger derechos de terceros”, se modifique a “para la protección de derechos”. Esto porque si bien se busca proteger los derechos de cualquier tercero que pueda ser cualquier persona física o moral o la propia autoridad o el Estado, también se deben de proteger los derechos del propio titular. Por ello, el hecho de quitar el término “terceros” abre la posibilidad de establecer supuestos de excepción para proteger no sólo a terceros, sino también a los propios titulares

³⁹ Reiteramos las razones son: seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

de los datos.⁴⁰

Otra razón de excepción que genera una problemática, es la relativa a “disposiciones de orden público”, que establece textualmente la CONSTITUCIÓN, y que la LFPDPPP se refiere sólo como “orden público”. Lo cual son dos términos completamente distintos, “orden público” como concepto jurídico indeterminado, y “disposiciones de orden público” como las disposiciones que tengan tal naturaleza o carácter.

Lo anterior genera una confusión, en virtud de que, si hablamos de disposiciones de esta naturaleza, se debe atender a los supuestos de excepción establecidos en las leyes consideradas de orden público, las cuales en sus primeras disposiciones señalan dicha naturaleza. Lo cual implicaría que, el supuesto de excepción pueda estar establecido tanto en la propia ley de protección de datos como en cualquier otra, siempre que dichas disposiciones sean consideradas de orden público, lo cual tendrá que estar establecido de forma expresa.

Otra confusión que se genera es que, la ley que regula la seguridad nacional, la Ley de Seguridad Nacional, también es considerada de orden público, lo cual se engloba dentro de “disposiciones de orden

⁴⁰ Un claro ejemplo de ello lo constituye el supuesto establecido en la fracción V del artículo 26 de la LFPDPPP, en cuanto a la limitación del derecho de cancelación de datos. La disposición señala: “Artículo 26.- El responsable no estará obligado a cancelar los datos personales cuando: [...] VII. Sean objeto de tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico o la gestión de servicios de salud, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional de la salud sujeto a un deber de secreto.” De este supuesto se desprende que aún y cuando el titular solicite la cancelación, si sus datos están siendo usados para tales fines, el legislador previó que hay un derecho a la salud y a la vida que proteger y garantizar, por ello de esta disposición se desprende la protección de derechos del propio titular de los datos. En el caso de los principios, en cuanto al principio del consentimiento, la misma situación de la protección de los derechos del titular a la salud y a la vida se repite en la siguiente disposición: “Artículo 10.- No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando: [...] VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente.”

público”, contraviniendo la CONSTITUCIÓN, en virtud de que ésta obliga a establecer en la ley que regule el derecho a la protección de datos los supuestos de excepción por razones de seguridad nacional y atendiendo a la razón de “disposiciones de orden público” abre la posibilidad a que el supuesto de excepción esté en otra ley distinta a la de protección de datos personales. Por ello, la redacción actual en la CONSTITUCIÓN genera una confusión y vacío legal, es decir, ¿o los supuestos están en la propia ley de protección de datos o en cualquier otra?

Un tema adicional al que no se le puede restar importancia, es que no hay parámetros para la autorización, control, seguimiento y vigilancia del acceso a datos personales en posesión de los particulares por parte de autoridades. No hay reglas claras en este sentido y este derecho reconocido a nivel constitucional no puede ser la excepción, deben existir lineamientos específicos y claros para el acceso a datos personales por parte de autoridades, así como la intervención de una autoridad judicial, tanto para la autorización al acceso a datos personales y, por ende, el tratamiento y responsabilidad por los mismos, como para que garantice los derechos humanos del titular de la información. No hay que olvidar que los datos pueden estar representados en cualquier medio, como texto, audio, video, etc., y la LFPDPPP es la ley especial de la materia.

VI. Consideraciones de los Organismos Internacionales

En el presente apartado, se busca exponer las consideraciones o manejo del tema que han realizado los principales estándares de organismos internacionales en materia de privacidad y de protección de datos personales⁴¹, esto con la finalidad de conocer sus respectivos

41 Para mayor información respecto de antecedentes internacionales del tema objeto de estudio véase: López Torres, Jonathan. Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. Revista EJIL – EAFIT Journal of International Law, de la Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Colombia, ISSN: 2216-0965, Vol. 5, Núm. 2 (2014), disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2849/2616>

planteamientos y desarrollos sobre los esquemas de excepción en la materia.

A. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE, como pionera en materia de privacidad y protección de datos personales, sobre el tema que nos ocupa, en las “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”,⁴² señala en el apartado de “Alcance de las Directrices” lo siguiente: “4. Las excepciones a los Principios que se contienen en las Partes II y III de estas Directrices, incluso las correspondientes a la soberanía y seguridad nacionales y al orden público, deberían: a) ser tan escasas como sea posible, y b) darse a conocer al público.”

El esquema de excepciones de las Directrices de Privacidad citadas es bastante claro y en contraste con el caso de México, si bien son limitadas en los supuestos de excepción podrían constituir un gran número de excepciones, y aunado a que están establecidas, no se conoce de forma clara cómo operan, lo cual produce un desconocimiento del público.

B.- Organización de las Naciones Unidas

Las Naciones Unidas, respecto del tema que nos ocupa, en los “Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales” (Resolución 45/95)⁴³ señala lo siguiente:

42 OCDE.- Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales. Disponibles en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

43 ONU. Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales “Resolución 45/95”. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

“6. Facultad de establecer excepciones

Sólo pueden autorizarse excepciones a los principios 1 a 4 si son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás, especialmente de personas perseguidas (cláusula humanitaria), a reserva de que estas excepciones se hayan previsto expresamente por la ley o por una reglamentación equivalente, adoptada de conformidad con el sistema jurídico nacional, en que se definan expresamente los límites y se establezcan las garantías apropiadas.

Las excepciones al principio 5, relativo a la prohibición de discriminación, deberían estar sujetas a las mismas garantías que las previstas para las excepciones a los principios 1 a 4 y sólo podrían autorizarse dentro de los límites previstos por la Carta Internacional de Derechos Humanos y demás instrumentos pertinentes en materia de protección de los derechos y de lucha contra la discriminación.”

La Resolución 45/95 establece que se podrán excepcionar de su observancia los principios de licitud, lealtad, exactitud, finalidad y no discriminación, así como el de acceso de la persona interesada. Las razones de excepción son la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás.

Algo interesante es que del numeral citado se desprende que, para efectos de la Resolución en comento, las razones pueden autorizarse cuando no estén previstas y en el supuesto de que estén previstas expresamente en la legislación de un Estado, se tendrán que definir los límites de dichas excepciones, así como las garantías adecuadas.

En contraste con la Resolución 45/95, el esquema de excepciones en el caso mexicano no establece los límites de las excepciones, ya que la LFPDPPP no desarrolla los supuestos basados en las excepciones establecidas en la CONSTITUCIÓN, aunado a que no desarrolla las garantías adecuadas para que operen dichas excepciones, garantías que en el caso de la LFPDPPP que aplica al sector privado pueden ser vulneradas por las autoridades.

C. Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)

APEC, respecto del tema de estudio, en el “*Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico*”,⁴⁴ dispone, en la parte 2 del mismo, lo siguiente: “13. *Excepciones a estos Principios contenidas en la Parte II de este Marco, incluyendo aquellas relacionadas a la soberanía nacional, seguridad nacional, seguridad pública y política pública deberán: a. ser limitadas y proporcionales para cumplir los objetivos a los que se relacionan estas excepciones; y, b. (i) ser dadas a conocer al público; o, (ii) estar de acuerdo con la ley.*”

Conforme al Marco de Privacidad, el comentario al numeral 13 señala que dicho marco no pretende obstaculizar las actividades gubernamentales autorizadas por la ley cuando se usen para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la soberanía nacional u otras políticas públicas. Sin embargo, los gobiernos deben considerar el impacto de estas actividades sobre los derechos⁴⁵, responsabilidades e intereses legítimos de individuos u organizaciones.

Del Marco de Privacidad desprendemos que, si bien se reconocen temas que por su trascendencia tienen que ser tutelados por encima

44 Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC). Disponible en: <https://www.selloosdeconfianza.org.mx/legal/Marco%20de%20privacidad%20APEC.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

45 Aunado a que el Marco de Privacidad se refiere a limitaciones respecto de los Principios.

de los derechos de los titulares de los datos personales, dichas excepciones tienen que ser legítimas conforma al marco jurídico respectivo, ser limitadas y proporcionales para cumplir con su finalidad, así como ser dadas a conocer al público, con el fin de que no exista duda sobre su aplicación.⁴⁶

En contraste con el Marco de Privacidad de APEC, el esquema de excepciones en el caso mexicano es bastante vago, ya que no se da a conocer tanto a los titulares de los datos ni a los responsables cómo tienen que operar las excepciones.

D. Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad

Las Autoridades de Protección de Datos de 50 países, en relación al tema que nos ocupa, en los “*Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad*” (Resolución de Madrid)⁴⁷ señalan: “5.- *Excepciones. Los Estados podrán limitar el alcance de las disposiciones recogidas en los apartados 7 a 10 y 16 a 18 del presente Documento cuando sea necesario, en una sociedad democrática, para preservar la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Tales limitaciones deberán estar expresamente previstas por el derecho interno, de tal modo que se establezcan sus límites y se*

46 En la Parte IV de la Implementación, Apartado A, del Marco de Privacidad, que versa sobre las medidas a considerar al implementar el Marco dentro de un país, el numeral 34 señala que es importante tener discusiones con agencias de seguridad internas, seguridad, salud pública y otras agencias para identificar maneras para fortalecer la privacidad sin crear obstáculos para la seguridad nacional, seguridad pública y otras misiones de políticas públicas. Lo cual es un buen punto, en virtud de que en el caso mexicano no se aprecia la intervención de dichas autoridades competentes para aplicar el esquema de excepciones.

47 Autoridades de protección de datos.- Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad “Resolución de Madrid 2009”. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31_conferencia_internacional/estandares_resolucion_madrid_es.pdf (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

prevean las garantías adecuadas para preservar los derechos de los interesados.”

En primer término, la Resolución de Madrid establece la posibilidad de establecer excepciones a los principios de finalidad, proporcionalidad, calidad y transparencia, así como respecto de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; segundo, estas excepciones tienen razón de ser en la preservación de la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública o la protección de derechos y libertades de terceros; y tercero, tales excepciones tienen que estar previstas de forma expresa con las respectivas garantías para preservar los derechos de los interesados.

En contraste con la Resolución de Madrid, el esquema de excepciones en el caso mexicano no establece los límites de las excepciones, así como tampoco establece las garantías para preservar los derechos humanos de los titulares de los datos personales.

VII. Propuesta de armonización

Una vez analizada la problemática derivada de la situación que guarda la normatividad en materia de protección de datos personales en México, es necesario que los estudiosos y expertos en materia de protección de datos tomen conciencia de esta situación por lo cual se sugiere su divulgación, así como su estudio y seguimiento permanente. Idealmente se sugiere la difusión de este análisis a nuestros legisladores para que tomen conciencia de la pertinencia de volver a trabajar el contenido del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN a fin de que pudiera replantarse de la siguiente manera:⁴⁸

“Artículo 16. [...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y

48 Reforma al segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN, así como la adición de un tercer párrafo a dicho artículo.

cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley. Dicha ley establecerá los supuestos de excepción a los derechos y principios de protección de datos por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para la protección de derechos.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad que faculte la ley, podrá autorizar el acceso a datos personales en posesión de particulares para su tratamiento. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de datos y su representación, el titular de los mismos y su finalidad. La autoridad judicial federal sólo podrá otorgar estas autorizaciones cuando la solicitud se encuadre dentro de los supuestos de excepción por las razones establecidas en el párrafo anterior.”

VIII. Conclusiones

En México no se cumple con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN.

No podemos pasar por alto que, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en nuestro país, sin duda alguna ha marcado un antes y un después en nuestro marco jurídico. Si bien este derecho humano data del año 2009 representa uno de los esfuerzos y retos más importantes en su reconocimiento, ejercicio y aplicación. Al mismo tiempo que representa un equilibrio entre los grandes desarrollos tecnológicos, las actividades comerciales y gubernamentales, y los derechos humanos.

En cuanto al reconocimiento constitucional, el Constituyente no dimensionó los efectos, la fuerza y las implicaciones del derecho a la protección de datos personales como derecho humano. Tan es así

que no garantizó su cumplimiento en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional y no adecuó todo el marco jurídico que se relaciona directa o indirectamente con él.

Un aspecto a considerar es que, en los estándares y directrices internacionales se habla de principios, pero estos principios, como nosotros los conocemos, se refieren tanto a principios como a derechos, derechos que nosotros conocemos como derechos ARCO. De esto desprendemos que la problemática y contradicción de la LFPDPPP con la CONSTITUCIÓN, en cuanto a excepciones sólo a los principios, posiblemente podría radicar en lo que conocemos como “copy paste” de una norma. El legislador en el reconocimiento del derecho al no distinguir nuestro marco jurídico mexicano del internacional, estableció las excepciones sólo a los principios sin hacerlo de forma expresa respecto de los derechos, siguiendo el sentido de la redacción de los estándares y directrices internacionales.

Por ello, la realidad es que en términos de los estándares y directrices internacionales tanto los principios y derechos que nosotros conocemos conforme a la CONSTITUCIÓN y a la LFPDPPP sí tienen limitaciones o excepciones basadas en razones que van más allá de los derechos del propio titular de los datos. Por tanto consideramos que, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que necesitan ser subsanadas para lograr una uniformidad en el tema y una real protección de datos personales en México.

El común denominador entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP es que deben de garantizar una efectiva y real protección de datos personales, por ello los esquemas de excepción tienen que ser uniformes y estar homologados, de lo contrario surgen problemáticas jurídicas en torno a vacíos legales e interpretaciones que ponen de manifiesto la ineficacia en la regulación del derecho, lo cual se traduce en falta de seguridad jurídica para cualquier persona e incluso, pone en riesgo el actuar de las autoridades.

En consecuencia, en primer término, consideramos incorrecto que la CONSTITUCIÓN no establezca de forma expresa y claramente que

el derecho a la protección de datos personales tenga excepciones, aspecto que la LFPDPPP sí lo hace; y en segundo, consideramos correcto que la CONSTITUCIÓN establezca la obligación de desarrollar los supuestos de excepción basados en diversas razones, aspecto que la LFPDPPP no cumple.

En cuanto a las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, y derivado del análisis realizado en la presente investigación, consideramos que deben de prevalecer en los términos siguientes: “[...] *por razones de, seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para la protección de derechos* [...]” De las cuales se deberán de establecer sus respectivos supuestos de excepción.

Ahora bien, aunado a que el tema que nos ocupa versa sobre particulares, las autoridades tienen una importancia cuya intervención no se ha dimensionado, esto porque es un tema que no se desarrolla con claridad en nuestra legislación. Por ello, es necesario establecer disposiciones que se constituyan en lineamientos y parámetros para la autorización, control, seguimiento, vigilancia, obligaciones y responsabilidades en cuanto al acceso a datos personales, en posesión de los particulares, por parte de autoridades, así como las garantías mínimas y medios de defensa para proteger los derechos de los titulares de los datos personales en este supuesto. Con esto no se busca obstaculizar las actividades gubernamentales, sino por el contrario que éstas se lleven de forma adecuada y apegadas al marco jurídico, evitando con ello la discrecionalidad y arbitrariedad. Tenemos que recordar que estamos frente a un derecho humano reconocido en la CONSTITUCIÓN y estas medidas son las mínimas que se deberían de establecer legalmente para lograr una real y efectiva protección de datos personales en nuestro país, pensar lo contrario, el derecho constituye un adorno en el marco jurídico mexicano.⁴⁹

⁴⁹ Algunos ejemplos de conflictos que se perciben, es la aplicación del principio de ley especial sobre ley general en la materia de intervención de comunicaciones, en donde este tema se aborda en una ley distinta a la LFPDPPP, en la cual en el resultado de una intervención se puede acceder a datos personales ya que éstos pueden estar soportados en cualquier medio; y otro ejemplo aún más grave, lo constituyen los

En este orden de ideas, el Poder Judicial de la Federación juega un papel muy importante en el tema que nos ocupa, al ser quien interprete y resuelva los asuntos en la materia. Por ello, la autorización de la que se habla, la tiene que otorgar una autoridad judicial conforme a las disposiciones legales que se establezcan para tales efectos.

Por su parte, los organismos internacionales a través de sus estándares y directrices (ONU, APEC, OCDE, etc.) tienen un consenso en cuanto a las limitaciones o excepciones. Este consenso busca que las limitaciones o excepciones: i) sean limitadas y proporcionales para cumplir sus objetivos; ii) sean dadas a conocer al público; iii) sea considerado su impacto sobre los derechos de los individuos y organizaciones; iv) estén previstas por el derecho interno; v) se establezcan garantías para preservar los derechos; vi) sean tan escasas como sea posible; vii) sean necesarias y viii) no sean excesivas.

El reto de estas limitaciones o excepciones, a la protección de datos personales y derechos de las personas, es el desarrollo de un marco jurídico transparente, claro, específico y que respete los derechos humanos de los titulares de la información.

En resumen, es necesario lograr la uniformidad del esquema de excepciones, ya que éstas son las únicas razones para limitar los principios y derechos en materia de protección de datos personales.

Por tanto, de aplicar un criterio legalista, la LFPDPPP, en términos de lo analizado en la presente, contraviene lo dispuesto en la CONSTITUCIÓN. Sin embargo, de aplicar un criterio conforme a la naturaleza del derecho, sus orígenes e implicaciones, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que tienen que subsanarse.

¿Quién puede resultar afectado? Cualquier titular de datos personales, como un estudiante, un menor, un médico, un maestro, un comerciante, un abogado, un representante de elección popular,

artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que incumplen lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN.

Segunda Edición, Civitas Ediciones, España, 2001.

un servidor público de cualquier orden de gobierno, un juzgador, por mencionar algunos ejemplos.

Se reitera, en México ya existe legislación en materia de protección de datos personales, una legislación especial para la protección de datos personales en el sector público y otra para el sector privado, lo que no existe y no está legislado es cuando el sector público interfiere en el sector privado, lo cual representa uno de los más grandes retos⁵⁰ legislativos para salvaguardar de forma real el derecho humano a la protección de datos personales establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Referencias

Autoridades de protección de datos.- Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad “Resolución de Madrid 2009”. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31_conferencia_internacional/estandares_resolucion_madrid_es.pdf (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.12.2000. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Cantoral Domínguez, Karla. *Derecho de Protección de Datos Personales de la Salud*. Novum, México, 2012.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*.

⁵⁰ Aunado al reto que representa frente a la evolución y proliferación de Internet y las nuevas tecnologías, tal como lo señala Alejandro Touriño. Véase más en: Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Catarata, Madrid, 2014. p. 21.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Gaceta Parlamentaria del Senado de la República. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2>

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el DOF con fecha 05 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf> (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

López Torres, Jonathan. Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. Revista EJIL – EAFIT Journal of International Law, de la Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Colombia, ISSN: 2216-0965, Vol. 5, Núm. 2 (2014), disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2849/2616>

Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC). Disponible en: <https://www.sellosdeconfianza.org.mx/legal/Marco%20de%20privacidad%20APEC.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

OCDE.- Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales. Disponible en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

ONU. Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales “Resolución 45/95”. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

Ornelas Núñez, Lina, y Piñar, José Luis (coord.). *La protección de datos personales en México*. Tirant lo Blanch, México, 2013.

Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicado en el DOF con fecha 11 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Catarata, Madrid, 2014. derechos formal y materialmente sí podrá brindar su acceso, rectificación, cancelación y oposición.

de 2011. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Catarata, Madrid, 2014. de los Particulares, publicado en el DOF con fecha 11 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Catarata, Madrid, 2014.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE LEGAL INTERPRETATION IN THE CONSTITUTIONAL
NEW PARADIGM OF THE HUMAN RIGHTS

GEOFREDO ANGULO LÓPEZ *

Sumario: I. LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE CONSUMAR UN PROCESO ARMONIZADOR PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. II HACIA NUEVOS ESTÁNDARES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. UNA APROXIMACIÓN A LA FÓRMULA GENERAL DE INTERPRETACIÓN AVANZADA DESDE UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Summary: I. THE OBLIGATION OF THE JUDGE TO CONSUMMATE A HARMONIZING PROCESS FOR THE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS. II. TOWARDS NEW STANDARDS OF LEGAL INTERPRETATION IN THE NEW CONSTITUTIONAL PARADIGM OF HUMAN RIGHTS. III. AN APPROACH TO THE GENERAL FORMULA OF ADVANCED INTERPRETATION FROM HUMAN RIGHTS DOGMATIC.

Resumen: El papel que en los últimos años ha asumido el operador jurídico en México al desprenderse de los métodos de interpretación tradicionales e involucrarse en las nuevas dinámicas de la interpretación y argumentación jurídica, ha favorecido la justificación de decisiones racionales y razonables conforme a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, aún vemos como el juzgador continúa limitándose a aplicar aquellos criterios clásicos o tradicionales acotados dentro de un sistema jurídico con

* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad de Jáen, Andalucía, España. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Asesor Ejecutivo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán, miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE LEGAL INTERPRETATION IN THE CONSTITUTIONAL NEW PARADIGM OF THE HUMAN RIGHTS

GEOFREDO ANGULO LÓPEZ¹

Sumario: I. LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE CONSUMAR UN PROCESO ARMONIZADOR PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. II HACIA NUEVOS ESTÁNDARES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. UNA APROXIMACIÓN A LA FÓRMULA GENERAL DE INTERPRETACIÓN AVANZADA DESDE UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Summary: I. THE OBLIGATION OF THE JUDGE TO CONSUMMATE A HARMONIZING PROCESS FOR THE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS. II. TOWARDS NEW STANDARDS OF LEGAL INTERPRETATION IN THE NEW CONSTITUTIONAL PARADIGM OF HUMAN RIGHTS. III. AN APPROACH TO THE GENERAL FORMULA OF ADVANCED INTERPRETATION FROM HUMAN RIGHTS DOGMATIC.

Resumen: El papel que en los últimos años ha asumido el operador jurídico en México al desprenderse de los métodos de interpretación tradicionales e involucrarse en las nuevas dinámicas de la interpretación y argumentación jurídica, ha favorecido la justificación de decisiones racionales y razonables conforme a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, aún vemos como el juzgador continúa limitándose a aplicar aquellos criterios clásicos o tradicionales acotados dentro de un sistema jurídico con nuevos paradigmas de interpretación, en los cuales se deben de incorporar una serie de principios, criterios, métodos y razonamientos novedosos al ejercicio hermenéutico de los jueces, sobre todo para

¹ Doctor en derechos fundamentales por la Universidad de Jáen, Andalucía, España. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Asesor ejecutivo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán, candidato a investigador nacional del CONACYT.

la solución de casos difíciles o controvertidos en materia de derechos humanos, maximizando la posibilidad de tener efectos prácticos sobre la realidad social.

Palabras clave: Interpretación jurídica, derechos humanos, Constitución, formulaciones normativas, concretización, criterio funcional, constitucionalidad, interpretación conforme.

Abstract: The role that the legal operator in Mexico has taken over in recent years by breaking away from traditional interpretation methods and engaging in the new dynamics of interpretation and legal argumentation has favored the justification of rational and reasonable decisions in accordance with recognized human rights. In international treaties and in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. However, we still see how the judge continues to limit himself to apply those classic or traditional criteria bounded within a legal system with new paradigms of interpretation, in which a series of principles, criteria, methods and novel reasoning must be incorporated. The Hermeneutical exercise of judges, especially for the solution of difficult or controversial cases in the field of human rights, thus maximizing the possibility of having practical effects on social reality.

Keywords: Legal interpretation, human rights, constitution, legal formulation, concretization, functional criterion, constitutionality, interpretation according.

I. LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE CONSUMAR UN PROCESO ARMONIZADOR PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha incorporado en el texto constitucional la cláusula de interpretación conforme. De esta manera, la norma constitucional contiene una pauta valiosa y constituye una posición de vanguardia al establecer que: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo

tiempo a las personas la protección más amplia”.²De esta forma queda establecido expresamente en la disposición constitucional *la cláusula de interpretación conforme* y el principio *pro persona*, que tienen esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional, y que han sido definidos como criterios hermenéuticos que informan todo el derecho de los derechos humanos.³ Es indiscutible que esta novedosa disposición refleja una tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los actuales Estados constitucionales al establecer que los tratados internacionales relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, por otro lado, implica que podrían controlarse las normas y actos respecto de su conformidad con todos estos derechos y no sólo con los derechos humanos constitucionalizados.

Este tipo de cláusulas o de técnicas hermenéuticas ya estaban incorporadas en otros marcos constitucionales, como el europeo, con lo cual permite constatar que la tendencia actual es la adopción de un Estado dúctil, abierto, o internacionalista. Así, por ejemplo, se observa en la Constitución Alemana que señala: “Las reglas del derecho internacional constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico federal, tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y deberes directos para los habitantes del territorio federal”, agregando la misma Ley Fundamental: “Si en un litigio judicial fuere dudoso si una norma de derechos internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos, el tribunal deberá recabar el pronunciamiento al Tribunal Constitucional Federal”. En Austria: “Se consideran parte integrante del ordenamiento federal

² Vid; CABALLERO OCHOA, J. L., “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º., segundo párrafo, de la Constitución)”, en, CARBONELL, M., (Coord.) *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, D.F., Ed. Porrúa, UNAM, 2012, p. 105.

³ Sobre el principio *pro homine* en la actividad jurisdiccional, *cfr.* PINTO M., “El principio pro homine”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Bs. As., 1997, p. 163. También vid; OLANO GARCÍA, H. A., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Ed., Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 1ª edición, 2006, p. 199.

las normas generalmente reconocidas del derecho internacional”. Por su parte en Portugal, en su artículo 16.2, estipula: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los fundamentales deber ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de los Derechos humanos”.

Por su parte la Constitución española de 1978, en su artículo 10.2 nos refiere que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. La Constitución de Grecia: “Forman parte del derecho helénico y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del Derecho Internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales, una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno”. También “Irlanda acepta los principios generalmente reconocidos del derecho internacional como regla de conducta en sus relaciones con los demás Estados”. Mientras que la Constitución de Italia dice: “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho Internacional generalmente reconocidas”.⁴ Esto ha influenciado a los países latinoamericanos que han otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente la República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

Cabe destacar que, en México, un antecedente en este ejercicio hermenéutico de carácter internacional, lo tenemos en los artículos 6 y 7 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de

⁴ Vid; PFEFFER URQUIAGA, E., “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n° 1 2003. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021. [Accedido en 6 de diciembre 2016].

2003, donde ya se encontraban estos avances normativos en materia de derechos humanos antes de la reforma constitucional, en el sentido que establece la obligación a todas las autoridades a ser congruentes con los tratados internacionales en materia de no discriminación. Incluso va más allá, cuando incorpora además de los tratados la jurisprudencia internacional adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte IDH), y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante COIDH). Además incluye el principio *pro persona* en sentido de que cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.⁵

En este sentido, en las entidades federativas se han establecido principios interpretativos de vanguardia en materia de protección de derechos humanos, como el establecido en la Constitución del Estado de Sinaloa que, en su artículo 4, Bis-C., en el que se reconoce el *principio de no contradicción; la cláusula de interpretación conforme* a los tratados internacionales atendiendo a la jurisprudencia de la Corte IDH; *el principio de ponderación* cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos a fin de lograr una interpretación armónica, así como el *principio de progresividad*. Otras entidades han seguido el ejemplo del Estado de Sinaloa, como el Estado de Tlaxcala, que incorpora los principios ya referidos en su artículo 16.B. En esta materia, la discusión se ha centrado en los alcances de estas normas constitucionales de apertura a la dignidad humana y al derecho internacional; particularmente, el debate se ha enfocado en relación con la siguiente pregunta: ¿Implica o no dicha norma la incorporación de las normas internacionales como normas de rango constitucional? Algunos autores sostienen que con la reforma se ha producido la constitucionalización de los derechos humanos consagrados en el

⁵ Vid; CABALLERO OCHOA, J. L., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, D.F., Porrúa, 2009, p. 307.

ámbito internacional; otros, en cambio, señalan que esta norma no implica la constitucionalización de la normativa internacional, sino que constituye una figura particular de *cuasiconstitucionalización o eficacia constitucional indirecta*. Al respecto, consideramos que este tipo de normas se limitan a consecuencias puramente hermenéuticas como veremos más adelante.⁶

Sin lugar a dudas es importante señalar la importancia de la actividad hermenéutica de los tribunales constitucionales sobre la aplicación de la cláusula de interpretación conforme, pues son en ellos donde reside al final de cuentas la dimensión de constitucionalidad de los derechos humanos.

Resulta de relevancia fundamental el primer criterio expresado por la SCJN sobre la aplicación de la cláusula de interpretación conforme contenido en la resolución del amparo en revisión 781/2011, en el cual se aprecian argumentos que acotaron en su momento la posibilidad de que los juzgadores tomen en consideración los tratados internacionales para aplicarse a casos concretos, generando problemas de carácter práctico e interpretativo; pues si no se consideran los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales por catalogarlos como “insuficientes” en el momento dado que el juzgador así lo considere, trajo como consecuencia una retracción al proceso de armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Así ha quedado expresado en la siguiente “Tesis aislada 2a. XXXIV/2012 (10a.) DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES,

⁶ Vid; NASH ROJAS, C., *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México D.F., ed. Fontamara, 2010, pp.166-167.

SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE SOBRE ÉSTOS CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, que sobre el particular señala que:

*“Conforme a lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en atención al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si es suficiente la previsión que sobre los derechos humanos que se estiman vulnerados, dispone la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que lo prevea, para determinar la constitucionalidad o no, del acto que se reclama”.*⁷ (Subrayado añadido).

Ahora bien, el motivo por el cual consideramos novedoso este criterio de la SCJN a casi cinco años de su publicación, es porque contiene un alto grado de *contemporaneidad*; en el entendido de que esta Tesis se hace vigente con la circunstancia del pasado, con las posibilidades de sentido, significado y alcance que implican a nuestra realidad jurídica presente; precisamente la *contemporaneidad* para Hans Gadamer, es: “que algo único que se nos representa por lejano que sea su origen, gana en su representación una plena presencia. La contemporaneidad no es, pues, el modo como algo está dado a la conciencia, sino que es una tarea para ésta y un rendimiento que se le exige.”⁸ En este sentido, este criterio de la SCJN deber enseñarnos que este compromiso y responsabilidad de infundir en la interpretación

constitucional directivas que motiven la convergencia entre derechos; no debe aparecer en el pensamiento de los jueces como algo dado, como un dato neutro o vacío de contenido, sino que debe representar una exigencia de someterse a este proceso de armonización y a un incansable dialogo jurisprudencial necesario para lograr la mayor eficacia y protección de los derechos humanos y libertades constitucionales.

Por lo anterior, en base este criterio restrictivo de la SCJN, podemos dar cuenta en primer lugar, que olvida un elemento esencial; que la interpretación conforme no se trata de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos humanos y libertades previstos en los tratados internacionales⁹, y no de considerar -como lo hace la SCJN- de “innecesario” el contenido de los tratados internacionales. La interpretación conforme, ya sea para determinar la inconstitucionalidad de una norma, o para aplicarla a un caso concreto cuando deviniese en más protector a los derechos humanos y libertades de la persona, tiene que entenderse como un *proceso de armonización*, no se trata de “suficiencia” o de “necesidad”, sino de un estudio integral de los derechos humanos, es decir, el intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la “norma nacional y la internacional”. No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una

⁷ Vid; Tesis aislada 2a. XXXIV/2012 (10a.) <http://www2.scjn.gob.mx/red/2sijt/> [Accedido el día 15 de diciembre de 2016].

⁸ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, fundamentos de una hermenéutica filosófica II, 2ª ed., ediciones Sígueme, Salamanca, 1994, p. 140.

⁹ Vid; FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en, CARBONELL, M., (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, D. F., Ed. Porrúa, UNAM-IJ, 2012, pp. 358-359.

interpretación conforme que armonice ambas.¹⁰

Es importante considerar a los tratados internacionales como argumentos de fondo a partir de los cuales se debe resolver una controversia y no considerarlos como simples consideraciones adicionales del trabajo argumentativo esencial de los jueces. Además, la SCJN en esta tesis jurisprudencial tendría que aclarar cuáles van a ser los criterios de interpretación por parte de los jueces para determinar cuándo las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos van a hacer suficientes y será innecesario interpretar los contenidos de los tratados internacionales.

Por otro lado, actualmente ya vemos posturas más armónicas respecto a la aplicación de la cláusula de interpretación conforme; por ejemplo en la tesis aislada del el Cuarto Tribunal de Circuito del Centro Auxiliar de la 3ª Región con residencia en Guadalajara Jalisco, III.4º (III Región) 2C (10ª). RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE MENORES. PARA DETERMINAR SI PUEDEN CONVIVIR CON SUSPADRES, TANTO CON QUIEN EJERCE SU CUSTODIA COMO CON QUIEN DEMANDÓ AQUELLA CONTROVERSIA FAMILIAR, LA AUTORIDAD DEBE EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO Y PRIVILEGIAR EL DERECHO DE LOS NIÑOS A CONVIVIR CON AMBOS PROGENITORES, que sobre el particular establece que:

“De acuerdo con la reforma del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de junio de 2011,

¹⁰ Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán “de conformidad con” “esta Constitución y con los tratados internacionales...”, la conjunción “y” gramaticalmente constituye una “conjunción copulativa”, que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adhesión. De ahí que esta cláusula cumple con una “función hermenéutica” de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. Vid; FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, Op. Cit., p. 365.

en aras de proteger los derechos humanos del gobernado, los órganos jurisdiccionales deben ejercer el control convencional difuso, bajo el principio de interpretación conforme (acceso efectivo a la justicia), para lograr la armonización sobre los derechos nacional e internacional; técnica hermenéutica mediante la cual los derechos y postulados constitucionales son armonizados con valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, para obtener su mejor eficiencia y protección”. (Subrayado y negritas añadido).

En efecto, no se puede separar la aplicación de una norma de su interpretación en tanto que forma un proceso unitario de comprensión; ¹¹ es decir, no aplicamos primero un control de constitucionalidad para ver si nos resuelve el asunto, y luego si no encontramos solución, aplicamos el control de convencionalidad; es decir, no se debe interpretar los casos como si el derecho internacional y el nacional fueran polos contrapuestos; los derechos humanos no se relacionan en términos de jerarquía, si no en términos de armonización, de coordinación, en una especie de red, en el que el derecho es uno, construido en diferentes fragmentos normativos en el que se tiene que interpretar cada derecho de forma armónica e integradora, tanto con la constitución, como con los tratados internacionales en donde se encuentren regulados los derechos humanos.¹²

Justamente una interpretación armónica o conciliadora es una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación “de” la Constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y “desde”

¹¹ Vid; FLORES SALDAÑA, A., *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, Op. Cit., p 138.

¹² Sobre el proceso de armonización de la interpretación de los derechos humanos véase las opiniones del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea en: <https://www.youtube.com/watch?v=S6lYgPUMw1A> [Accedido el día 7 de octubre de 2016].

la Constitución hacia abajo con la norma subconstitucional, cuya interpretación debe ser conforme a la Constitución y a los tratados internacionales¹³. El “principio de armonización” en materia internacional ha sido establecido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al estudiar la problemática de la “fragmentación” del derecho internacional, y consiste en que al existir varias normas que tratan de la misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.¹⁴ En efecto, así lo prevé el numeral 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (en adelante CADH), cuando señala que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para “excluir otros derechos humanos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno” o “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre y otros actos.”

Ante esta cuestión, es importante señalar que los Estados asumen ciertas obligaciones consuetudinarias y convencionales ante la comunidad internacional en cuanto al compromiso de ajustar su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales y también ante la posibilidad de invocar disposiciones de carácter interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales derivados de los tratados en materia de derechos humanos. Este mandato se encuentra establecido en el principio *Pacta sunt servanda*, norma positiva que constituye para el profesor Josef Kunz el axioma de

la ciencia del derecho internacional,¹⁵ y que se encuentra reconocida en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶ como principio que rige el funcionamiento de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos y que prescribe su obligatoriedad:

“Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

El derecho humano interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...].”

En este sentido la disposición establece que: desde el momento en que el Estado suscribe un compromiso internacional, se generan obligaciones que deben ser cumplidas de buena fe por las autoridades; de igual manera, un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, es decir, que si bien el Estado define la manera en que deben ser incorporados los tratados internacionales a su sistema de fuentes, no puede justificar que su ordenamiento jurídico establece que los tratados tienen un rango jerárquico inferior a la Constitución o las normas jurídicas internas, ya que esto conllevaría una violación a los compromisos internacionales adoptados. Otro principio importante es el principio *odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*; principio que significa que: “las normas que limitan el ejercicio de los derechos humanos deben ser interpretadas restrictivamente; y las que

13 Vid; BIDART CAMPOS, G., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003, p. 388.

14 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, correspondiente a la 58ª. Sesión, 1º de mayo-9 de junio y 3 de julio-11 de agosto de 2006; Asamblea General de Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61 a. sesión, Suplemento 10 (A/61/10), p. 424. También vid; FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, Op. Cit., p. 366.

15 Vid; KUNZ, J. L., “El sentido y el alcance de la norma *Pacta sunt servanda*”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 1947, p. 7. (Trad. Santiago Oñate). Publicado en inglés en la revista *American Journal of International Law*, vol. 39, N°2, abril de 1945. También vid; SÁNCHEZ, V., “Teoría sobre la validez y obligatoriedad del derecho internacional público”, en, SÁNCHEZ, V., (Dir.), *Derecho internacional público*, Barcelona, ed. Huygens, 2010, pp.29-40.

16 Suscrita en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1988.

reconocen y protegen derechos humanos deben ser interpretadas de manera amplia y favorable”.¹⁷

Es importante señalar la importancia que hoy en día tienen las Observaciones Generales emitidas por los Comités de la Organización de Naciones Unidas facultados para recibir comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos humanos consagrados en los respectivos tratados internacionales, pues consideramos que sus decisiones tienen efectos vinculantes en los ordenamientos internos, ya que son organismos que emiten observaciones en base a la interpretación y examen de la información proporcionada por los Estados a través de sus informes periódicos sobre el cumplimiento de los tratados internacionales de los cuales forman parte.¹⁸

En este sentido vemos una cláusula de interpretación abierta de conformidad no sólo con los tratados internacionales, sino con la jurisprudencia internacional, como bien ha precisado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su definición sobre la interpretación conforme, que los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional conforman un binomio inescindible. De tal manera que define a la interpretación conforme como una “...técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos humanos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados

17 Sobre los principios de derecho internacional, vid; MELENDEZ, F., *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de excepción, según el derecho internacional de los derechos humanos*, El Salvador, Imprenta Criterio, 1999, pp. 90-108.

18 Sobre el tema de la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los tratados internacionales se recomiendan los trabajos de; BECERRA RAMÍREZ, M., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, D.F., IJ-UNAM, 2007, pp. 63-113. También vid; MARTÍN, C., (Comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-American University-Distribuidora Fontamara, 2004, pp. 79-117. También vid; CORCUERA CABEZUT, S., *México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, CDHDF-Universidad Iberoamericana, 2003.

internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.”¹⁹ Actualmente no se discute la importancia del principio *in dubio pro libertatis*, y de *favorabilidad* en materia de derechos humanos, pues su finalidad, como sostiene el profesor Pérez Luño, es lograr la máxima expansión del sistema de libertades constitucionales; principio que en relación con la norma en comentario aumenta los poderes del intérprete judicial.²⁰

Coincidente con esta aseveración, en el sentido de que el “principio material o de garantía” regulado por el criterio hermenéutico *favor libertatis*, los derechos deben interpretarse del modo más amplio posible y de la forma más favorable para su efectividad, Pedro Sagüés afirma, que, el principio *favor libertatis*, denomina una “*directriz de preferencia interpretativa*”,²¹ es decir, el intérprete debe buscar la interpretación que más optimice el contenido y el alcance de un derecho humano; pues cada disposición constitucional, como sostiene Häberle, “está dirigida a la realidad” y, en ese sentido, esta requiere de una interpretación orientada a la efectividad de la vigencia práctica

19 FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Op. Cit.*, p. 358. Sobre el sentido y alcance de la interpretación conforme, vid; CABALLERO OCHOA, J. L., en, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, D.F., Ed. Porrúa, 2013, p. 27.

20 Vid; PÉREZ LUÑO, A., “La interpretación de la constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 1er Cuasimestre, 1984, pp. 101-124. También vid; CASTAÑEDA OTSU, S., “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos humanos consagrados en la Constitución”, en, MÉNDEZ SILVA, R., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, D.F., UNAM-IJ, 2002, p. 227.

21 Vid; PEDRO SAGÜÉS, N., “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en, PALOMINO MANCHEGO, J. E., / REMOTTI CARBONELL, J. C., (Coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, ed. Grijley, 2002, pp. 35-36.

material.²²

En suma, podemos sostener que este es el reto y el apunte práctico más significativo para los actores y operadores jurídicos, pues en la actualidad se reconoce en la comunidad científica que, el derecho en general, y sobre todo el derecho constitucional y los tratados internacionales en donde se reconocen derechos humanos, contienen un lenguaje conceptualmente vago;²³ por lo tanto, la indeterminación jurídica que afecta a los derechos fundamentales de una Constitución concreta, afecta todavía más a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, pues generalmente en los tratados internacionales los derechos humanos aparecen normalmente enumerados sin que se especifique cuál es su significado concreto. Es innegable, que muchas de las dificultades interpretativas relativas a derechos humanos no se resuelven con la interpretación del texto íntegro del tratado internacional, pues por lo general, las disposiciones del tratado como las de la Constitución regulan lo mismo, es decir, no es más precisa ni más protectora, sino que ambas consagran el derecho y lo enuncian en los mismos términos. Por lo tanto el papel de la interpretación por parte de los jueces es clave.²⁴ Es por ello que insistimos sobre la importancia del uso de los criterios emanados de la jurisprudencia, doctrina y principios contenidos en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos de Naciones Unidas y del sistema interamericano²⁵ en los procesos hermenéuticos

22 Vid; HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 328 y 263

23 Vid; ENDICOTT, T., "El derecho es necesariamente vago", *Derechos y Libertades*, N° 12, 2003, pp.179-189.

24 Sobre la indeterminación jurídica, vid, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Gascón), Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1999, pp. 578-579. También vid; ENDICOTT, T., *La vaguedad en el derecho*, Madrid, ed., Dykinson, 2007, pp. 237-270. (Trad. J. Alberto del Real y Juan Vega).

25 "La expresión "sistema universal" se refiere a los órganos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en particular la Comisión de

y argumentativos de los jueces mexicanos.²⁶

En este orden de ideas, la interpretación sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH para los jueces mexicanos ha quedado ya definido con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN, al establecer que todas las autoridades de nuestro país, en los distintos niveles de gobierno, están obligadas a observar la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto de los casos en los que México es parte,²⁷ así como de los que no fuera parte. Justamente con esta nueva interpretación de la SCJN, la aplicación de la jurisprudencia deberá realizarse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio *pro persona*. En este sentido, la inaplicación de un criterio jurisprudencial, ya sea nacional o interamericano se justificará

Derechos Humanos, la Subcomisión y los Relatores y Grupos de Trabajo que de éstas dependen), a los Comités de expertos establecidos en virtud de ciertos tratados en materia de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura y Comité de los Derechos del Niño) y, eventualmente, a documentos elaborados por el Secretariado de las Naciones Unidas y resoluciones adoptadas por el Consejo Económico y Social (Ecosoc), la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. Esta expresión no se refiere a los órganos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ni al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) u otras agencias que forman parte del sistema de las Naciones Unidas. La expresión "sistema interamericano" se refiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los Relatores de la Comisión y eventualmente a pronunciamientos de los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA)". Vid; O'DONNELL, D., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ª ed., 2004, pp. 25-26.

26 Sobre la aplicación de la jurisprudencia internacional por parte de los tribunales mexicanos, vid; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., "Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los Tribunales federales mexicanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 6, 2006, , pp.420 y ss.

27 "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO". Décima Época; Registro: 160482; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. LXV/2011 (9a.); p. 556.

atendiendo a la preferencia de otro que resulte en todo momento más favorecedor a la persona.

Lo anterior ha quedado expresado en la reciente “TESIS JURISPRUDENCIAL P./J. 21/2014 (10a.) JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, que sobre el particular sostiene:

“Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona”²⁸ (Subrayado añadido).

Sobre las condiciones de operación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, en la sentencia, obliga a los jueces mexicanos a lo siguiente:

“[...] (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que

²⁸ SCJN. *Contradicción de Tesis 293/2011*, Engrose final, 3 de septiembre de 2013, p. 65.

motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas”²⁹.

Con estos criterios, se da un paso significativo hacia un *bloque de constitucionalidad-convencionalidad* de derechos humanos integrados que los jueces mexicanos deben tomar en cuenta.³⁰ Es decir, más en concreto, hay que puntualizar la obligación por parte del Poder Judicial mexicano de acoger la doctrina jurisprudencial de los tribunales internacionales, en especial los de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de la Corte IDH, pero también, las guías interpretativas para la aplicación de los tratados internacionales, conocidas como *Soft law*.³¹ Normas que no deben ser consideradas como extrañas y ajenas al ordenamiento jurídico mexicano, sino que deben incorporarse al ordenamiento para que tengan la misma posibilidad de ser aplicadas por los jueces como cualquier otra norma de la Constitución, de un tratado, un reglamento o de una jurisprudencia obligatoria.

Así lo ha establecido el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo

²⁹ SCJN *Contradicción de Tesis 293/2011*, Engrose final, 3 de septiembre de 2013, p. 64.

³⁰ Vid; FERRER MAC.GREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en, FIX ZAMUDIO, H., (Coord.), *Formación y perspectiva del Estado en México*, México, D.F., UNAM-IIJ, 2010, p. 172.

³¹ En materia de derechos humanos, el término *soft law* de origen internacional alude a un tipo de instrumentos o normas que, debido a su proceso de creación y a quienes las dictan, no tienen el carácter jurídico formal que sí corresponde a las normas contenidas en los tratados internacionales. Sin embargo el *soft law*, se encuentra en un umbral de obligatoriedad política y moral, pues las normas internacionales están sujetas a principios como el *jus cogens* (normas imperativas de derecho internacional en general). Vid, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Boletín* n° 34, abril 2012. Existen varias normas de este tipo, como son las Observaciones Generales de los Comités monitores de los tratados internacionales del Sistema de Naciones Unidas, y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos humanos, Principios y Declaraciones.

Séptimo Circuito en la Tesis: XXVII.3o.6 CS, "SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Que sobre el particular sostiene que:

"De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como "soft law" -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al "hard law" o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Sin que ello implique desconocer la observancia primigenia del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual, la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo

en su defecto, debe acudir a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales"³². (Subrayado añadido).*

En ese entendido, con la obligación de los jueces de interpretar de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, surgen diversos deberes en cuanto a su aplicación por parte del poder judicial, a saber: un deber genérico de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de acuerdo con la naturaleza, sentido y alcance otorgado a las normas del mismo; así como la modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales. La utilización o el manejo de los tratados internacionales y de criterios jurisprudenciales que se haga de ellos, tiene que ser generalizada por todos los jueces del poder judicial; además se deben alcanzar los estándares mínimos de identidad fáctica con los asuntos que resuelven, y encontrar los criterios que ocupen los mismos derechos humanos protegidos que se están interpretando llegando a conclusiones acordes con el contexto, objeto y fines de los tratados que supuestamente se invocan para llegare a una resolución. Adicionalmente, es primordial encontrar uniformidad en la utilización de los tratados internacionales y el valor que se le otorga a los derechos humanos contenidos en dichos tratados en los proyectos de los jueces.

Si bien vemos un progreso en la aplicación del contenido práctico del *bloque de constitucionalidad-convencionalidad*, de principios, y de

³² Tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación Décima Época*, viernes 13 de marzo de 2015.

novedosos métodos de interpretación jurídica por parte de los Órganos del Poder Judicial Federal Mexicano,³³ así como del Pleno de la Primera Sala de la SCJN en sus más recientes sentencias relevantes para el sistema jurídico mexicano; antes tendríamos que hacer un paréntesis para reconocer que este avance dogmático, se lo debemos, sin duda, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que inclusive antes de la reforma constitucional, ya estaba resolviendo en base a lo que hoy conocemos como el derecho convencional y desde una hermenéutica de razón práctica y fundamental. Sin embargo, aún es evidente, -sobre todo en el ámbito del fuero común-, como los jueces actúan con reserva, desconfianza y con prejuicio a la hora de aplicar el *corpus juris* universal e interamericano en materia de derechos humanos para la resolución de sus asuntos.

Ante este ambiente de desconfianza, hay que insistir desde nuestros diferentes ámbitos de actuación, en la relevancia que tienen para nuestro ordenamiento jurídico nacional los tratados internacionales y la jurisprudencia supra-nacional; pues no se pueden seguir considerando como la existencia predominante de un ámbito jurídico supra-constitucional. Como sostiene Zagrebelsky, “no estamos hablando de un caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos,”³⁴ sino de instrumentos que nos ayuden a entender nuestra propia Constitución, a enriquecer las argumentaciones y a solucionar los casos difíciles o esencialmente controvertidos en materia de derechos humanos, encontrando la mejor justificación posible en relación a la protección de los derechos humanos de la persona.

33 Sobre la aplicación *corpus juris* interamericano en materia de, derechos humanos por parte de los tribunales federales en México, vid; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., “Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, Op. Cit., 411-424.

34 ZAGREBELSKY, G., “¿Qué es ser juez constitucional?,” *Dikaion, Revista de fundamentación jurídica*, Universidad de la Sabana, Colombia, Vol. 15, noviembre 2006, p. 161. (Trad. Miguel Carbonell).

En definitiva, esta nueva cultura jurídica que estamos viviendo a consecuencia de estas grandes transformaciones en materia de derechos humanos, paradójicamente ante el desencanto social generalizado por la falta de efectividad en la administración, procuración de justicia y de la protección de los derechos humanos en México; no debe permitirnos romper con ese ideal o aspiración del que nos habla Dworkin, de un juez moderno, que se somete a un proceso incansable de juzgar, un juez racional que toma los derechos humanos en serio, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los casos difíciles, a encontrar la respuesta correcta³⁵ que se impone; en fin, un juez Hércules³⁶ que camina sobre bases político-constitucionales, pero tiene la cabeza dirigida hacia principios de alcance universal.

35 La tesis de Dworkin de la “existencia de una respuesta correcta” presupone que los principios forman parte del Derecho y que un juez Hércules sería capaz de encontrar esa respuesta. “La noción de respuesta correcta se puede abordar desde dos perspectivas. En su versión fuerte, significa que existe una respuesta escondida en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En su versión débil, por el contrario, significa que, para un juez o un teórico del derecho, la respuesta correcta funciona como una guía. Pero esto último resulta problemático desde un punto de vista metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?).” Vid; ATIENZA, M., “Sobre la única respuesta correcta,” *Revista Jurídicas*, Vol. 6, n° 2, Colombia, Julio-Diciembre, 2009, p. 14.

36 Es Ronald Dworkin quien reflexionando sobre la idea de un juez moderno, piensa en el personaje de Hércules; un juez semidiós que se somete a un proceso incansable de juzgar. Para este juez no hay más derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Es un juez racional que toma los derechos humanos en serio, que “domina el imperio del derecho, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los casos difíciles, a encontrar la respuesta correcta que se impone. Su religión, en efecto, es la unidad del derecho, que él debe fortalecer en cada uno de sus juicios-unidad en el doble sentido: de la coherencia narrativa que mejor se adapta al estado pasado y presente del derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos por la comunidad en cada momento de su historia”. Vid; FRANÇOIS OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia, Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, año 4, n° 8, 2007, p. 114. Publicado originalmente en, *Doxa*, n° 14, 1993, pp. 169-194. Sobre la figura del Juez Hércules vid; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel derecho, 1° Edición 1984. (Traducción Marta Guastavino). Del mismo autor vid; *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª Edición 1992 (Traducción Claudia Ferrari).

II. HACIA NUEVOS ESTÁNDARES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El papel que en los últimos años ha asumido el operador jurídico en México al desprenderse de los métodos de interpretación tradicionales e involucrarse en las nuevas dinámicas de la interpretación y argumentación jurídica, ha favorecido la justificación de decisiones racionales y razonables conforme a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual revela ya la importancia que el juzgador asume en la aplicación de nuevos estándares a través de la labor argumentativa y hermenéutica judicial. Precisamente, Konrad Hess señala que los métodos de interpretación constitucional no se deben limitar a aquellos criterios clásicos de interpretación normativa como (el literal, teleológico, sistemático e histórico), que postulaba Savigny en el siglo pasado para interpretar las leyes, y que fueron defendidos con valor frente a nuevos métodos aparentemente extraños a la ciencia del derecho,³⁷ acotados dentro de un sistema jurídico con nuevos paradigmas de interpretación, en los cuales se deben de incorporar una serie de principios, criterios, métodos y razonamientos novedosos al ejercicio hermenéutico de los jueces, sobre todo para la solución de casos difíciles o esencialmente controvertidos en materia de derechos humanos, maximizando la posibilidad de tener efectos prácticos sobre la realidad social.³⁸

Desde esta perspectiva, la hermenéutica que exige el nuevo

37 Vid; SÁNCHEZ GIL, R., "Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LVIII, núm. 249, enero-junio de 2008, p. 320. Versión electrónica en <http://bit.ly/1fRLala>.

38 Sobre los modelos de interpretación neoconstitucionales, vid; HESSE K., *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 2da. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47. (Traducción de Pedro Cruz Villalón).

paradigma constitucional, ya no se plantea solo la existencia de un método de interpretación científico, lógico o de laboratorio a través del cual se llegan a la respuestas de forma mecánica, deductiva o causalista; sino que lleva además a la necesidad de que el juez se replantee el fenómeno mismo de la comprensión desde una hermenéutica iusfilosófica³⁹ y no se limite únicamente al uso del método, sino que descubra en el acto mismo del conocer humano, la experiencia de verdad, de una realidad, de un contexto que lo aproxime a interpretar la conducta humana de una forma más abierta, lejos del aspecto lineal, monológico y cerrado, que impide que los jueces puedan realizar una traducción del mejor contenido axiológico, social, real, moral, normativo de los derechos humanos al contenido argumentativo de las decisiones judiciales. De esta forma los jueces se enfrentan ante el fenómeno jurídico de forma más humana; comprensiva, tolerante y abierta a la interpretación de esas realidades fácticas y jurídicas que se encuentran en contacto total con los valores humanos y principios constitucionales que propician espacios para la aplicación de nuevos criterios abiertos a la multiplicidad de métodos hermenéuticos para la concreción de los contenidos normativos de los derechos humanos en lo que se refiere al neoconstitucionalismo mexicano.

II.1. LA NORMA COMO PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DEL JUEZ

La interpretación jurídica en su concepción moderna⁴⁰, es un componente fundamental en el derecho que demanda una actividad

39 Sobre las implicaciones de la hermenéutica iusfilosófica en las decisiones judiciales, Vid; FLORES SALDAÑA, A., *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, México, D.F., Ed. Porrúa, 2014, Op. Cit., p. 158.

40 Sobre las implicaciones de la interpretación y argumentación en la concepción moderna del derecho, vid; ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2007. Del mismo autor, vid; *Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica*, México, ed. Porrúa, 2011.

cognitiva, decisoria, creativa y práctica también.⁴¹ Es innegable que ha quedado atrás el concepto restringido de la interpretación jurídica que tenía solo como objeto a las normas jurídicas; idea que se identifica con la concepción del derecho como “interpretación de la ley en particular” y “la norma en general”; (positivismo normativista), corriente representada por las teorías de Kelsen y Hart.⁴² Es evidente que, en los actuales Estados constitucionales de derecho, la ley, ha ido perdiendo el sentido prioritario frente a la actividad interpretativa de los jueces. En este sentido se considera que las normas jurídicas no son en parte el objeto de la interpretación, sino más bien son el producto de esta actividad interpretativa, esto si tomamos en cuenta que lo que se interpreta son las disposiciones o expresiones jurídicas contenidas en las formulaciones normativas (*fn*); y solamente después de este proceso hermenéutico es que se tendría como resultado los enunciados interpretativos (*i*, para llegar finalmente a la norma [N] de decisión.

Desde este esquema, la interpretación se convierte en objeto de interpretación, así, que interpretar es una polisemia,⁴³ es decir,

41 Para Guastini la *interpretación cognitiva* consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo; mientras que la *interpretación decisoria* consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados a través de la interpretación cognitiva y la *interpretación creativa* se refiere en la atribución a un texto un significado nuevo, -no comprendido entre los identificables por medio de la interpretación cognoscitiva-. En este sentido para Guastini la interpretación cognitiva es una operación estrictamente científica que no trae aparejada consecuencias prácticas; mientras que la interpretación decisoria y la creativa son operaciones políticas que pueden ser aplicadas tanto por los juristas, como por los operadores jurídicos, que sería -en sentido Kelseniano-, la única interpretación “auténtica”, es decir solo la que puede ser realizada por un órgano de aplicación provista de consecuencias jurídicas y efectos prácticos. Vid; GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, D.F., UNAM-IJ-Trotta, 2008, pp. 35-36. (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar).

42 Sobre esta concepción del derecho, vid; HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 27 ed., 1993.

43 Sobre el carácter polisémico de la interpretación vid; VALADÉS, D., “Para entender las Constituciones”, en, FERRER, MAC-GREGOR, E., (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I., México., ed. Porrúa-IJ-UNAM, 2005, p. XV.

es preciso comprender a la norma jurídica dentro de un sistema no sólo normativo, sino en otras dimensiones que le den significado. En este sentido, y partiendo de este carácter polisémico del concepto de interpretación, existen diferentes posturas sobre lo que pueden entenderse por interpretación jurídica.

- a) Las que se refieren a la adscripción, averiguación o decisión sobre el significado de una norma o texto jurídico;
- b) Las que se centran en el resultado práctico de la acción de interpretar, un acto, un texto o una disposición jurídica;
- c) Las que consideran como atribución o clarificación de significado de una formulación normativa (*fn*), en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación o en la formulación dudosa de la disposición jurídica.⁴⁴

En este sentido, el derecho es esencialmente interpretativo, así la interpretación se convierte en el método ideal para acceder a su conocimiento y comprensión, encontrando su concreción o sustancia jurídica en la actividad judicial. En esta línea argumentativa, actualmente han surgido iusfilósofos con teorías interpretativas del derecho, entre las cuales destacan las propuestas de Alexy, Marmor, Hassemer, Esser, Guastini, Zagrebelsky, Grau, Hesse, Häberle, Viola, entre otros. Por lo tanto, podemos afirmar que el derecho es, en buena medida, interpretación, actividad judicial. El derecho desde esta perspectiva es una realidad creada por los jueces, o como sostiene Holmes, “el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es”; es decir, solo será posible saber lo que la norma dice de verdad después de que el juez decida. Esta concepción del derecho está representada por el realismo jurídico escandinavo y el norteamericano, denominado también realismo “conductista”, pues este encuentra la realidad del

44 Vid; LARRAURI TORROELLA, R., “La sociología jurídica y sus relaciones posibles con la semiótica”, en, ORÓN MORATAL, G., (ed.), *Diálogos Jurídicos, España-México*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume I., Col·lecció “Estudis jurídics”, núm. 11, 2007, p. 223.

derecho en la acciones de los operadores jurídicos.⁴⁵

En definitiva, podemos afirmar que la interpretación desde el punto de vista neoconstitucional⁴⁶, es una tarea fundamental de los operadores jurídicos, ya una *norma* [N]⁴⁷ -al menos desde una dogmática jurídica de los derechos humanos-, es la interpretación que le da un Tribunal a una o a varias disposiciones jurídicas contenidas en distintas *formulaciones normativas (fn)*, aplicando supuestos de hechos o contextos concretos para la solución de determinadas controversias.

III. UNA APROXIMACIÓN A LA FÓRMULA GENERAL DE INTERPRETACIÓN AVANZADA DESDE UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

45 Sobre el realismo jurídico norteamericano vid; HOLMES, O. W., "The Path of the Law", 1897, publicado en *Collected Papers*, 1920. Vid; PFEIFFER, J. B., "Bases para una teoría interpretativa del derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13, 2010, p. 327

46 El neoconstitucionalismo puede ser entendido como una doctrina que promueve la materialización del ordenamiento jurídico, irradiado de principios y valores incorporados en la Constitución bajo la forma de derechos humanos, el cual representa un avance valiosísimo para los derechos humanos y como parámetro fundamental del nuevo diseño en el Estado constitucional; es un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: "una proyección evolutiva, expansiva y necesaria del contenido del derecho constitucional positivo". Vid; POZZOLO, S., "Un constitucionalismo ambiguo", en, CARBONELL, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 188. Este modelo como teoría, reconstruye el sistema jurídico y presenta una concepción distinta de la Constitución, de los derechos fundamentales, así como de la interpretación y aplicación de la ley, y como ideología, invierte su objetivo atribuyendo mayor importancia a los derechos humanos. Vid, COMANDUCCI, P., "Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", en, CARBONELL, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Op. Cit., p. 83. El desarrollo del neoconstitucionalismo como teoría está representado en autores como Alexy y Prieto Sanchís. Por su parte el neoconstitucionalismo como ideología está representado por autores, como Luigi Ferrajoli y en cierto modo por Gustavo Zagrebelsky.

47 Para Guastini la "disposición" es todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y considera que la "norma" designa el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación. En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, y la norma, su resultado. Sobre el concepto de "norma", y "disposición" véase la obra de GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, ed. Porrúa-UNAM, 2012, pp. 10-11. (Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell).

Ciertamente existen múltiples métodos, principios o criterios objetivos de interpretación,⁴⁸ sin embargo tanto en el ámbito nacional como internacional siguen faltando directrices, reglas o fórmulas que nos señalen como debemos interpretar los derechos humanos. En México alguna previsión interpretativa se encuentra en el artículo 1° Constitucional en referencia a la forma en que se debe realizar la interpretación conforme a los tratados internacionales y al principio pro persona; existiendo al respecto una multiplicidad de jurisprudencia en relación a la aplicación de estos estándares por parte de los actores y operadores jurídicos para resolver asuntos de índole constitucional o de otras materias. Otro ejemplo lo encontramos en los párrafos terceros y cuarto del artículo 14 constitucional, pero solo hace referencia a los juicios penales y civiles.

En el ámbito internacional destaca en este punto el artículo 29 de la CADH (Pacto de San José)⁴⁹, que establece lo siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad*

48 La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, afirmó que el método de interpretación contenido en la Convención de Viena se acoge a la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación.

49 Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor internacional el 18 de julio de 1978. Fecha de vinculación para México el 24 de marzo de 1981 (Adhesión) Fecha de entrada en vigor para México el 24 de marzo de 1981. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Como podemos ver el artículo 29 de la CADH establece una serie de directrices interpretativas, en primer lugar señala que no se puede suprimir o restringir el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el tratado internacional en mayor medida de lo establecido por él; en segundo, establece que la Convención no puede utilizarse para limitar un derecho reconocido en otro tratado internacional; es decir, que cuando existe un derecho reconocido en otro tratado internacional con un contenido más amplio y favorable, se deberá aplicar ese instrumento jurídico y no limitarse a lo dispuesto por la propia Convención; en definitiva, la Convención no excluye ni limita el contenido de otros derechos humanos reconocidos en otros estándares internacionales.⁵⁰

Otro ejemplo cuando se trata de interpretar de conformidad a los tratados internacionales, lo podemos ver en la Regla General de Interpretación regulada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Esta

⁵⁰ Vid; CARBONELL, M., "Consideraciones sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales", en, FERRER MAC-GREGOR, E., /ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., (Coords.), *Procesos Constitucionales*, México, D.F., Porrúa, IJ-UNAM, 2007, p. 2007.

sistemática se articula con el hecho de que las técnicas de interpretación contenidos en el artículo 31 al momento de identificar o determinar un significado o sentido a la disposición de un tratado, deberá ser interpretado de buena fe conforme a los términos del Tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y el fin.

Veamos:

“Regla general de interpretación. 1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.* 2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;* 3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derechos humanos internacional aplicable en las relaciones entre las partes.* 4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.* (Negrita añadida).

De la Regla General de Interpretación se derivan los siguientes criterios:

Criterio textual (c-t) Criterio contextual (c-c) Objeto y fin (o-f)

La función de estos criterios según lo establecido en la disposición transcrita, es, que al momento de interpretar, es decir, de atribuirle un sentido o significado al texto de un tratado internacional, los argumentos o técnicas de interpretación que se deben aplicar en una sola operación combinada son estos tres criterios que hemos señalado: *el texto, el contexto, el objeto y el fin*. En efecto, la Corte ha señalado que, aunque el texto de un tratado parezca literalmente claro, será necesario analizarlo aplicando todos los demás criterios que componen la Regla General de Interpretación, es decir, los *criterios textuales* no pueden ser una regla por sí misma, sino que deben incluirse dentro del contexto y fundamentalmente con *el objeto y fin* del tratado, de tal forma que la interpretación no debilite el sistema de protección consagrado en la Convención⁵¹.

A continuación nos aproximaremos a desarrollar una Fórmula General de Interpretación Avanzada a través de la combinación de estos criterios y de otros valores representados en la siguiente fórmula:

Fórmula

El planteamiento de la fórmula que se presenta es lineal y puntual en sus variables; sin embargo, esta puede considerarse un primer paso hacia el diseño de un modelo más elaborado, que contemple más variables y diferentes relaciones entre la aplicación de los criterios y una interpretación desde el tratamiento científico de los derechos humanos.

51 Vid; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Corte IDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 42, p. 12. Cfr. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH, Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 43-48; Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 CADH, Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 47-50; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 20 -24, y, entre otros, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30.

$$(fn) + \frac{c-t}{c-f} \sum (i) + \frac{o-f}{nr} \sum [M]$$

Definiciones

En este apartado se definen los conceptos necesarios para comprender el modelo que se propone. Las definiciones que aquí se presentan pueden contrastar con los criterios formales que se manejan en modelos matemáticos.

(F N) "Formulación normativa" es la norma que expresa el texto.

(C-T) "Criterio textual" que determina un significado a los enunciados normativos concretos.

(C-F) "Criterio funcional" que sustenta en una ideología dinámica; entiende que el sentido de la norma jurídica se modifica en relación con los cambios que se producen en el contexto complejo en el que se le interpreta, logrando mayor elasticidad en los sentidos para las normas que requieren interpretación en el contexto global del ordenamiento jurídico constitucional y convencional".

(I) "Enunciado interpretativo" es el producto de la actividad de interpretar y adscribe un significado a los (C-T) y (C-C)

(O-F) "Objeto y fin" determina la eficacia, el contenido y alcance de un derecho humano, principio o valor frente al caso en concreto para llegar a una [N]

(~r) "Aproximación racional" justifica el paso de los enunciados interpretativos dando las razones para llegar a la norma [N]

[N] "Norma de decisión" es el resultado final de la interpretación

A continuación se presenta una descripción y un análisis conciso de la articulación de cada una de las variables y su relevancia en la dinámica interpretativa.

III.1. MODELACIÓN APLICATIVA DE LAS VARIABLES EN LOS CONTEXTOS NORMATIVOS: ÉNFASIS EN EL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN FUNCIONAL (C-F)

La interpretación tiene dos etapas de razonamiento; a la primera actividad de interpretar, suele llamarse interpretación “en abstracto”, que consiste en la identificación de los *criterios textuales (c-t)* contenidos en las *formulaciones normativas (f-n)*. En esta primera etapa el juez identifica el contenido de significado de una *formulación normativa (fn)*, -que será la norma que expresa el texto-,⁵²-es decir, el contenido normativo (la norma o normas)-expresado por, y/o lógicamente implícito en un texto normativo (una fuente del derecho)⁵³, que pueden ser: (constituciones, leyes, códigos, tratados internacionales, jurisprudencias, etc.), de las cuales obtenemos los *criterios textuales (c-t)*⁵⁴; que son los que determinan un significado a los enunciados normativos concretos, o que justifican el significado

52 Para Burgoa desde el punto de vista de su consistencia esencial, la interpretación implica una acción unilateral del intelecto humano que tiene como finalidad fundamental, propia e inherente determinar, declarar o establecer el sentido, alcance, extensión o significado de cualquier norma jurídica, (puede ser general, abstracta, impersonal, particular, concreta o individualizada), con prescindencia de la fuente en que esta se contenga, por ende, es la naturaleza de la norma lo que determinará los distintos métodos de interpretación, sin que esa multiplicidad altere el contenido esencial de la labor interpretativa de los jueces. Vid; BURGOA ORIHUELA, I., “La interpretación Constitucional”, en, FERRER, MAC-GREGOR, E., (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I., México., ed. Porrúa-IIJ-UNAM, 2005, p. 227. También vid; OLANO GARCÍA, H., A., *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, Op. Cit., p. 2.

53 Vid; GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, Op. Cit., p. 30.

54 El criterio textual o gramatical forma parte de los criterios normativos que tienen su origen en Savigny, quien destacó la existencia de cuatro criterios: gramatical, lógico, histórico y el sistemático, Vid. SAVIGNY, F. C., *Sistema del derecho romano actual*, trad. de MESIA y POLEY, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009; reproducción original de la 2ª ed. Madrid, Centro editorial de Góngora, 1838-1847. Sobre los antecedentes históricos de estos criterios vid; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, *Anuario de derecho civil*, n. 1, vol. XXX, 1977, pp. 817 y ss. También vid; ARAGÓN REYES, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, 1986, pp. 113 y ss.

asignado a una disposición jurídica.

En segundo término tenemos lo que se denomina, interpretación “en concreto”, en el que se propone la aplicación de *criterios contextuales (c-c)*. En este punto el juez incluye un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una *formulación normativa (fn)* previamente identificada “en abstracto”⁵⁵, en el cual se asignan significados normativos relacionados con el *contexto*⁵⁶; de ahí que se pueda hablar de una interpretación en *concreto* relacionada con la interpretación judicial, en cuanto esta se origina a partir de un determinado problema o asunto al que es preciso encontrar una solución. La idea principal es, que, el sentido o significación de los términos o enunciados, disposiciones jurídicas contenidas en cualquier formulación normativa (fn), se alcanza esencialmente recurriendo al *contexto* en dos sentidos, primero, en el momento en que fueron formuladas, y segundo, al momento de su aplicación.

En este sentido, Jerzy Wróblewski sostiene la tesis de que el sentido de una norma debe buscarse a través de un análisis de la misma en el *contexto* en el que se encuentra. Así en la descripción de su modelo de interpretación. Wróblewski distingue tres tipos de contextos de una norma jurídica: el *lingüístico, sistémico y funcional*⁵⁷.

En el *contexto lingüístico* la norma se expresa con el lenguaje jurídico dentro de un sistema jurídico particular o al menos en una parte del mismo. En este tipo de contexto conviene tener presente

55 Vid; GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Op. Cit., p. 30.

56 Entendemos por “contexto”, “una estructura dentro de la cual figura algo que sin el contexto resultaría ininteligible o menos inteligible”, vid; MASSINI CORREAS, C. L., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista Chilena de derechos humanos*, Vol. 31, n° 1, 2004, p. 158.

57 Vid; WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, México, D.F., ed. Fontamara, 2ª reimp. 2008, p. 122. (Traducción de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Juan Igartua Salaverría).

el vocabulario del lenguaje, sus reglas sintácticas y semánticas, y especialmente las llamadas “definiciones jurídicas”, etc. En el *contexto sistémico* una norma jurídica influye en la interpretación de la misma; dentro de este contexto una norma va a ser siempre una parte de un conjunto más amplio de normas que constituyen el sistema jurídico, entendido este como el conjunto de las normas válidas en un momento dado y en un cierto Estado, ejerciendo una cierta influencia sobre el sentido de una norma jurídica a causa de dos características fundamentales, que para Wróblewski son propias de cualquier sistema: la *coherencia* y la *completitud*. La gradualidad de la *coherencia* significa que, por lo general, no existen en el sistema normas contradictorias, y que por consiguiente, se debe interpretar las normas jurídicas de manera que no se relacionen o se interpongan incompatibilidades. La *completitud* en el sistema jurídico se identifica por un lado con la existencia de “lagunas” que el intérprete, en su actividad creativa, debe colmar con la aplicación de ciertos métodos de interpretación; y por otro lado ve al sistema jurídico como un todo en el que una situación de contradicción de normas o de lagunas, éstas son aparentes y por lo tanto tienen una solución a través de la dinámica interpretativa del juez. No obstante desde este contexto sistémico se debe tomar en cuenta las otras normas del sistema jurídico cuando se pretenda colmar las “lagunas” aparentes o reales dentro de este sistema.⁵⁸

Y finalmente, el *contexto funcional (c-f)*, según el cual Wróblewski, resulta el más complejo e impreciso, y considera que está constituido o condicionado por la situación o realidad social al momento de la sanción y/o aplicación de la norma en cuestión, lo cual incluye, las relaciones sociales relevantes, las valoraciones y normas sociales que forman el contexto ideológico, las funciones y la finalidad de la norma en cuestión, y de las normas relacionadas,

⁵⁸ Vid; WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, Op. Cit., pp. 123-124.

los objetivos de las normas, desde la intención del legislador hasta el trabajo hermenéutico del juez.⁵⁹ Para una interpretación funcional se deberá tomar en cuenta la identificación de un conjunto de normas, valores, principios, bienes, y funciones que tienen mayor abstracción y en los que se plasman objetivos morales, jurídicos, políticos, sociales y culturales, diferentes hechos sociopsíquicos, y otros hechos relevantes para el derecho de tipo más universal y consensuado.⁶⁰ En base a estos criterios el intérprete tiene que buscar el sentido razonable de la *formulación normativa (fn)* dentro del contexto del ordenamiento jurídico constitucional y convencional conforme a una interpretación sistemática, finalista y funcional que ejercen una influencia decisiva en la determinación del sentido práctico normativo de las disposiciones jurídicas.⁶¹

III.1.1. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN

En esta línea argumentativa siguiendo el pensamiento de Jerzy Wróblewski, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reciente TESIS AISLADA I.4o.C.5 K (10a.) CRITERIO O DIRECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL señala:

“[...] este criterio interpretativo se sustenta en una ideología dinámica, que entiende que el sentido de la norma jurídica

⁵⁹ Vid; WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, Op. Cit., pp. 124-125. Sobre las directivas del criterio funcional de interpretación, del mismo autor vid; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 47 y ss. (Trad. A. Azurza). También vid; MASSINI CORREAS, C. L., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, Op. Cit., p. 160.

⁶⁰ Vid; LÓPEZ MEDINA, D. E., “Hermenéutica Legal y Hermenéutica Constitucional. Antecedentes Históricos y Perspectivas Contemporáneas”, en, FERRER MAC-GREGOR, E., (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Op. Cit., p. 52.

⁶¹ Vid; MASSINI CORREAS, C. L., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, Op. Cit., p. 160.

se modifica en relación con los cambios que se producen en el contexto complejo en el que se le interpreta, logrando mayor elasticidad en los sentidos para las normas que requieren interpretación; así, esa directiva se refiere al contexto de las relaciones y valoraciones sociales, en el que la norma fue dictada, es interpretada o será aplicada, que no pertenecen al contexto lingüístico o al sistémico. El contexto funcional es complicado y dinámico, se constituye, en términos aproximativos porque son distintos factores los que confluyen, por la situación social imperante en el momento en que se emite la norma jurídica, y/o en el que ésta se aplica, lo cual remite al conjunto de las relaciones sociales relevantes, las valoraciones sociales, las normas que forman el contexto ideológico, las funciones de esa norma y de las que se relacionan con ella, además de las finalidades de ésta, según las concepciones del legislador y/o del intérprete. La concepción del contexto funcional implica una idea general sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho; el derecho se crea, aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos sociopsíquicos, en donde se incluyen las normas y valoraciones extralegales, relaciones sociales, otros factores condicionantes del derecho, como la economía, política, cultura; diversas opiniones concernientes a los hechos relevantes para el derecho; también, la “voluntad” del legislador histórico, como hecho del pasado o como construcción teórica de la ciencia jurídica y/o de la práctica jurídica; así como los problemas acerca de los propósitos e intereses que influyen en el derecho.⁶² (Subrayado y negritas añadido).

62 En el mismo sentido para la Corte Interamericana la interpretación tiene que estar aparejada con la evolución de los tiempos, y las condiciones de vida actuales. La Corte Interamericana en la sentencia relativa al Caso de la “Masacre de Mapiripán vs. Colombia ha sostenido, que los tratados de derechos humanos son: “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es

En efecto, para Ezquiaga Ganuzas, este criterio funcional de interpretación tiene como base, ya no la literalidad ni la sistematicidad de la ley, sino sus fines, el contexto en el que se produjo, la intención del legislador, sus consecuencias prácticas y normativas, así como los principios que la rigen.⁶³ Los elementos que conforman el contexto funcional como: la insatisfacción de la literalidad de la norma, injusticia de la solución normativa obtenida prima facie, las cuestiones ideológicas y axiológicas, el contraste entre la voluntad del legislador histórico y la vigencia sociológica de la norma, la realidad social, etc., nos llevan, debido a su propia naturaleza, a causar en todo momento controversias intrínsecas a cualquier juicio de valor.⁶⁴ En este sentido la *formulación normativa (fn)* se encuentra en estado potencial en la envoltura del texto; pero se encuentra en él solo parcialmente, porque el contexto también la determina. Así para Grau: “la norma es producida por el intérprete no solo a partir de elementos que se derivan del *texto* (mundo del deber ser), sino también a partir de elementos del caso al que será aplicada, es decir, a partir de elementos de la *realidad* (mundo del ser).”⁶⁵

En este sentido, la interpretación jurídica no es una mera deducción, sino un proceso de adaptación continua de sus textos normativos a la realidad social, a las exigencias y necesidades de

consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Vid; Corte IDH, (Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia), sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106, p. 90. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf [Accedido el día 3 de diciembre de 2016].

63 Vid, EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 395 y 398.

64 Vid, EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 56.

65 GRAU, E., *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 20.

vida actuales. Precisamente Peces-Barba en su teoría tridimensional sostiene que la aplicación del criterio funcional parte de la postura de que los derechos humanos no son solo instrumentos jurídicos normativos con una justificación ética, sino que son además una realidad social. En este sentido nos ayudan a medir la eficacia de la norma, la influencia del derecho sobre la realidad social, o al contrario el impacto de la realidad social sobre el derecho.⁶⁶ En efecto, no podemos soslayar la idea de que el derecho en tanto fenómeno social, es una realidad compleja en la que interactúan el *texto* y el *contexto* y en el que los intérpretes tienen un papel protagónico al momento de considerar el derecho vigente en una sociedad actual.

El intérprete infiere el sentido del texto basándose en un contexto determinado. La interpretación del derecho en este momento de la operación, será la concretización del criterio textual (*c-t*) a un contexto determinado, es decir aplicarlo.

X Interpretación = Aplicación de los criterios textuales (*c-t*)
y de los criterios funcionales (*o-f*)

La superposición que se realiza entre ambos $\frac{c-t}{c-f}$ da como resultado un enunciado interpretativo (i) que sometido a los criterios de optimización como el objeto y el fin (*o-f*) y a una aproximación racional ($\sim r$) dan como resultado una norma [N] de decisión.

$$(fn) + \frac{c-t}{c-f} \sum (i) + \frac{o-f}{\sim r} \sum [M]$$

De esta manera existe una ecuación entre interpretación y

66 Sobre la realidad social de los derechos humanos como postulado de su teoría tridimensional vid; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad Carlos III, 1999, p. 84. Del mismo autor vid; *Curso de fundamentales. Teoría general* (con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Gascón), Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1999, p.112. y *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, pp.46-47.

aplicación como parte esencial de una sola operación.

A continuación se presentan algunos ejemplos de la aplicación del criterio de interpretación funcional, poniendo énfasis en un contexto determinado, directivas que prescriben una mayor elasticidad en los sentidos para las normas que se interpretan, logrando que puedan adecuarse, según la valoración del interprete, a las circunstancias cambiantes de un contexto o realidad social, que se sitúa en la dinámica interpretativa de los operadores jurídicos, y los influye en la toma de decisiones para resolver los casos difíciles o esencialmente controvertidos en materia de derechos humanos⁶⁷.

III.1.2. CONTEXTO Y REALIDAD SOCIAL

Así, por ejemplo, la aplicación de un criterio funcional ha quedado expresado de alguna forma en el siguiente razonamiento jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia en la “TESIS: 1ª /J.43//2015 (10ª.) MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUEL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL”, que sobre el particular sostiene al:

*“Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: **la protección de la familia como realidad social.**”⁶⁸ Pretender*

67 Para Wróblewski esta postura ideológica de la interpretación legal dinámica parte de que la interpretación permite la adaptación del derecho a las necesidades y exigencias sociales, siendo ésta su aspiración primordial, la cual reconoce un papel preponderante al contexto funcional presente de las normas que se ubican en el proceso hermenéutico. Vid; WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Op. Cit., pp. 72 y ss.

68 Como antecedente de este criterio lo vemos en la resolución de la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 581/2012, en el cual se establece claramente que: “En la **acción de inconstitucionalidad 2/2010**, el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 4º constitucional, que este precepto no alude a un “modelo de familia ideal” que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación. En este sentido, este

vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio... (Subrayado y negritas añadidos)

Vemos como la SCJN en su enunciado interpretativo (i) al que llega, es decir, al interpretar como inconstitucionales todas las disposiciones jurídicas de las entidades federativas que establezcan que la finalidad del matrimonio es la procreación por ser excluyentes y discriminatorias; la Corte desaprueba la procreación como una medida incapaz, no idónea para cumplir con la finalidad constitucional a la que pueda ajustarse esta disposición, que es la protección de la familia como una *realidad social*; que exige que ante este contexto las parejas homosexuales estén en una posición igualitaria o similar a la de las parejas heterosexuales en cuanto al acceso al matrimonio se trate. En este criterio vemos como el razonamiento cambia en relación al *contexto*; lo que era “racional” en el pasado, es decir, el matrimonio entre un hombre y un mujer cuya finalidad era la procreación; ahora es

Alto Tribunal aclaró que la protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos. En dicho precedente, el Pleno afirmó que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social. Lo que significa que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: *familias nucleares* compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; *familias monoparental* compuestas por un padre

o una madre e hijos; *familias extensas* o *consanguíneas* que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y desde luego también *familias homoparentales* conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos”. En este sentido en la misma resolución la SCJN señala que: “es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo”. “[...] En este sentido, el Pleno concluyó que en la actualidad la institución matrimonial se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común”. (Subrayado y negrita añadido). Vid; Amparo en revisión 581/2012, SCJN, pp. 37-39

“irracional”, pues esta categoría no es inherente al *diseño racional*⁽⁶⁹⁾ de lo que es el matrimonio actualmente en base a esta jurisprudencia de la SCJN.⁶⁹

III.1.3. CONTEXTO DE CRIMINALIDAD Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

El funcionamiento del derecho internacional de los humanos nos aportan piezas fundamentales de interpretación para determinar la responsabilidad internacional del Estado por actos cometidos por particulares o para medir su respuesta o comportamiento ante una situación en donde exista un riesgo real o inmediato,⁷⁰ como: la centralidad del sujeto de derechos en su *contexto*, y la interpretación de los derechos humanos a partir de las necesidades locales.⁷¹ En este sentido, la Corte IDH en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* utiliza el “contexto” y analiza todo el marco fáctico del caso y las condiciones en las cuales se dieron los hechos

⁶⁹ Para representar esta mutación normativa un claro ejemplo lo vemos en la resolución de la Primera Sala de la SCJN en referido el amparo en revisión 581/2012, derivado de la Facultad de Atracción 202/2012 en el cual resolvió un caso en el que se reclamó la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca (*fn*), por considerar que dicha disposición jurídica transgredía el principio de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales que determinen contraer matrimonio. La disposición jurídica del artículo en cuestión establecía que: “El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida” (*c-t.*) Después un escrutinio estricto de la medida impugnada y de los ejercicios argumentativos que se llevaron a cabo en la sentencia, la Primera Sala de la SCJN llega a una norma [N] de decisión la cual queda de la siguiente forma: “el matrimonio es un contrato civil celebrado entre dos personas para proporcionarse ayuda mutua en la vida”. Amparo en revisión 581/2012. SCJN, p. 53 Vid; *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 65. El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal y sus efectos jurídicos*, México, D.F., IJ-UNAM, SCJN, 1ª ed., marzo 2013, pp. 45-115

⁷⁰ Sobre el alcance del contexto para determinar la responsabilidad internacional de un Estado véase, el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Corte IDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf [Accedido el día 26 de abril de 2016].

⁷¹ Vid; VÁZQUEZ, D., /SERRANO, S., *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, D.F., SCJN, 2013, p. 16.

para atribuirle al Estado y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional.

El tribunal interamericano en sus señalamientos advirtió que los hechos del caso se generaron dentro de un contexto de criminalidad extendida y generalizada relativo a la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, México; un contexto social, político y económico de violencia y de discriminación sistemática contra las mujeres dentro del cual ocurrieron homicidios y desapariciones de mujeres que según informes del 2003 del CEDAW y Amnistía Internacional, las ONG'S registraron alrededor de 400 casos en el periodo de 1993-2003.⁷² Lo fundamental para la Corte es la forma en que respondieron los funcionarios y las autoridades del Estado aun conociendo este contexto, minimizando la problemática, manifestando un desinterés en atender diligentemente las denuncias de las desapariciones de las mujeres; ya que establecer 72 horas para declarar oficialmente desaparecida a una mujer dentro de este contexto resulta para la Corte irracional, es decir, el Estado no actuó razonablemente en su obligación de garantizar bajo este contexto. Justamente en este sentido la Corte señala que:

*“...el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días...”*⁷³ (Subrayado añadido).

Este incumplimiento de la obligación de garantizar es grave debido al *contexto* del cual tenía conocimiento el Estado, por lo tanto el análisis contextual previo es sumamente relevante, porque debido a él se dimensiona la manera en que debió actuar el Estado a partir de

⁷² Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, supra nota 64, folio 1928 y Amnistía Internacional, Muertes intolerables, supra nota 64, folio 2253.

⁷³ Vid; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 283, p. 74,

ese contexto que situaba a las mujeres en una situación de extrema vulnerabilidad y en el cual ocurrieron los tres homicidios por razones de género que dio lugar al presente caso. Es importante señalar que el *contexto* lo utiliza la Corte como parámetro para medir que tan grave era el riesgo real e inmediato, y, si a consecuencia de la actuación del Estado bajo este *contexto* hubo o no un daño real al no establecer las medidas generales de prevención que garantizaran la integridad personal y los derechos humanos de las mujeres víctimas de este *contexto* de violencia estructural en contra de la mujer. Así la Corte Interamericana da sentido al cumplimiento de las obligaciones de los Estados bajo criterios de interpretación que le permiten tener mayor elasticidad para los casos de cuya complejidad la aplicación precisa de un estándar internacional resulta insuficiente.⁷⁴ En este sentido, el contexto ha sido utilizado por la Corte IDH no solo para determinar la responsabilidad internacional del Estado como en el presente caso; sino que puede ser aplicado también para probar una violación; determinar la razonabilidad de una restricción de derechos humanos; de un patrón sistemático de violaciones; facilitar la comprensión del caso; establecer la existencia de un crimen de lesa humanidad; mostrar una problemática específica, o de una problemática en agravio de un grupo o actividad.⁷⁵

⁷⁴ Vid; VÁZQUEZ D., /SERRANO, S., *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, en, CARBONELL, M., [Coord.] *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, D.F., Ed. Porrúa, UNAM, 2011, p. 145.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 147 y 148; *caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101, párr. 134; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, núm. 153, párr. 61 y 93, y Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 102 y 103, entre otros. Vid; VÁZQUEZ D., /SERRANO, S., *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Op. Cit., p. 146.

III.1.4. EL CONTEXTO DEL CRIMEN EN EL FEMINICIDIO

También podemos señalar al “contexto del crimen” como un elemento fundamental para acreditar el delito de feminicidio. En este sentido la Primera Sala de la SCJN al resolver por mayoría el amparo directo en revisión 5267/2014, relacionado con un caso sucedido en el Estado de Chihuahua, estableció que para determinar si el homicidio de una mujer fue cometido por razón de género, ya no bastará con conocer el sexo de la víctima, sino que las autoridades estarán obligadas a investigar la “motivación” y el “contexto del crimen” para acreditarlo como un feminicidio. Así ha quedado expresado en la Tesis Aislada núm. 1a. CCIV/2016 (10a.) “HOMICIDIO POR RAZÓN DE GÉNERO. PARA DETERMINAR TAL CIRCUNSTANCIA, NO BASTA CON IDENTIFICAR EL SEXO DE LA VÍCTIMA, PUES ES NECESARIO CONOCER LA MOTIVACIÓN Y EL CONTEXTO EN EL QUE OCURRIÓ EL CRIMEN”, que sobre el particular señala:

“Para determinar si el homicidio de una mujer fue cometido en razón de su género, no basta con identificar el sexo de la víctima, sino que se requiere conocer la motivación y el contexto del crimen, pues es lo que revela si la privación de la vida constituye una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Esta Primera Sala reconoce que tal reconstrucción no está exenta de dificultades probatorias, pero de dicha circunstancia no debiera derivarse la presunción de que todo daño infligido a una mujer tuvo como motivación su género o que se desarrolló en un contexto de dominación, pues la misma no es solamente epistemológicamente falsa, sino constitucionalmente inadmisibles; máxime cuando tal conclusión trae como consecuencia una calificativa en la actualización de la agravante del tipo penal de homicidio”. (Subrayado y negrita añadido).

Con el conocimiento de este criterio de la SCJN, se podrá determinar si la privación de la vida constituye una manifestación de discriminación, el contexto de desigualdad y las relaciones de poder

entre hombres y mujeres; pues considerar que todo daño infligido a una mujer es o fue por la condición de su género, es constitucionalmente inadmisibles, ya que existen conductas que no necesariamente están relacionadas con privar de la vida a una mujer por razón de género, principalmente cuando ello representa un agravante del tipo penal por homicidio. En este sentido será necesario investigar y analizar el contexto del crimen para establecer las razones, las condiciones, así como el tipo de violencia por las que se cometió un homicidio por razón de género.

III.1.5. EL CONTEXTO SOCIOPSÍQUICO, MIGRATORIO Y CULTURAL EN LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

De igual forma puede ser utilizado el criterio funcional de interpretación en materia penal a través de la aplicación de directivas relacionadas con el contexto de diferentes hechos sociopsíquicos, valoraciones extralegales, y otros factores condicionantes del derecho, como el contexto cultural, social, económico, o la violencia sistemática en contra de la mujer, relevantes para juzgar con una perspectiva más apegada a los derechos humanos de las mujeres. Así, vemos en la reciente resolución del amparo 390/2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito con sede en la ciudad de Mérida, Yucatán, bajo la ponencia del Magistrado Jorge Enrique Eden Wynter García, que sobre la particular señala que:

“[...] la examinada pertenece a una comunidad indígena de la etnia Chol originaria del poblado de Teoquipa el Bascán, Chiapas, cuyo índice de marginación es muy alto, que su educación sexual y reproductiva es mínima y que su conciencia étnica es coherente con sus prácticas culturales y formas de percibir el mundo, que aun en un contexto migratorio y espacio de socialización ajeno e intercultural (como es la ciudad de Mérida), mantiene vigentes sus rasgos de identidad y pertenencia con su comunidad de origen dado los vínculos que aún mantiene con ella; lo que a su vez denota un contexto”

de marginación social y falta de información de la impetrante respecto a embarazos derivados de una relación eventual [...] “Aspectos que la Sala responsable no debió soslayar al momento de juzgar para conceptualizar el caso en estudio a partir de una perspectiva de género, que obliga al resolutor a examinar los hechos objetivamente detectando las situaciones de desventaja tales como las condiciones de pobreza y barreras culturales evidentes, y evaluar el impacto diferenciado a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar una impartición de justicia efectiva, completa e igualitaria.” [...] elementos aportados como conocimiento científico que reconstruyeron los hechos determinaron que *, la hoy sentenciada vivía en un estado primario u original, en condiciones hoy elementales de supervivencia esto es de forma instintiva, producto de una realidad diferente construida a partir de una escasa educación y niveles de desarrollo desconocidos de acuerdo con su contexto. Esto se traduce en la percepción de un mundo basado en el trabajo arduo y cotidiano, carente de maldad y daño, con total desconocimiento de la comisión de un delito imputado como es el homicidio de su propio hijo.”⁷⁶ (Subrayado y negritas añadidos)

Es indudable que el derecho se encuentra en una situación de constantes cambios que son cada vez más susceptibles de incluirse en el marco de las regulaciones socio-culturales; por lo tanto este enfoque de la centralidad de la mujer en el contexto y de sus características como titular de derechos, son componentes fundamentales que se deben de incluir en los razonamientos argumentativos de los juzgadores orientados hacia una perspectiva más amplia que les permita determinar, en estos casos, las situaciones de vulnerabilidad, las condiciones propias del suceso, las dinámicas de las relaciones

⁷⁶ Amparo Directo 390/2016. Penal. Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito con sede en la ciudad de Mérida, Yucatán, pp. 102, 125-126.

de poder derivadas de la identidad del sexo y el género mismo, el contexto socio-económico, las barreras culturales que pueden propiciar desigualdad, violencia y discriminación.⁷⁷

En definitiva, juzgar con perspectiva de género requiere de un razonamiento que va más allá de la mera consideración de un contexto lingüístico, o bien, de la aplicación de un criterio textual a un caso en particular; la introducción de este enfoque en la labor de los operadores jurídicos, implica cuestionar la supuesta neutralidad de las normas, el establecimiento de un marco jurídico adecuado para resolver de forma más apegada a los derechos humanos; además que funciona como criterio de legitimidad del ejercicio judicial para justificar un trato diferenciado y dar las razones por las que es necesario aplicar ciertas normas a un determinado contexto o hechos⁷⁸.

III.2. OBJETO Y FIN (O-F) COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

Ahora bien, retomando la modelación de las variables, si bien los significados se conectan, de lo que se trata es de extender la comprensión, determinar el alcance, la extensión, el sentido o el significado de cualquier *formulación normativa (fn)* asignándole un valor a cada uno de los criterios normativos (*c-n*) y criterios contextuales (*c-c*) para tener como resultado de este proceso de interpretar un *enunciado interpretativo (i)* que es el producto de la actividad de interpretar y adscribe un significado a los criterios textuales y contextuales.⁷⁹ Enunciado interpretativo (*i*) que ha de confrontarse con el *objeto y el fin (o-f)*, que van a determinar el contenido y el alcance de un derecho, de valores y principios constitucionales, pero también para determinar el alcance de los deberes exigidos por dichas normas, así, todos los

⁷⁷ Vid; SERRET, E./ MÉNDEZ MERCADO, J., *Sexo, género y feminismo*, México, SCJN /TEPJF/IEDF, 2011, p. 36-37

⁷⁸ Sobre la manera de juzgar con perspectiva de género véase el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. SCJN, *Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, D.F., 2ª ed., 2015.

⁷⁹ Sobre el concepto y usos de los enunciados interpretativos vid; GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., pp. 10-11.

deberes o derechos humanos impuestos por principios o directrices son *prima facie*⁸⁰ respecto a las condiciones de aplicación, es decir, en cada caso concreto habrá que evaluar si el principio o la directriz son aplicables.⁸¹

El *objeto y el fin (o-f)* no ordena ninguna acción final, sino estados de cosas o fines, de modo que la selección de las acciones queda a *discreción* del operador jurídico, quien deberá seleccionar las conductas que maximicen u optimicen los resultados considerando, si es necesario, su ponderación con otros fines. Lo importante en este punto es que el *objeto y el fin (o-f)* se pueden considerar como “mandatos de optimización”. Nos dice Alexy que en el caso de los principios como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.⁸² En este sentido, será necesario

80 Hablamos de *prima facie*, desde un contexto de derechos humanos, para referirnos a la idea de la importancia, fuerza, de exigencia moral fuerte que acompaña a los derechos humanos y que hace de ellos elementos en un principio superiores jerárquicamente a los restantes, que, en consecuencia, no podrán ser desplazados por otras consideraciones morales, salvo excepcionalmente. Respecto de la preeminencia de los derechos humanos y sus posibles excepciones en caso de conflicto, son los propios derechos humanos los que pueden determinar el desplazamiento de otros derechos humanos; es decir, solo cuando nos encontramos frente a un conflicto de derechos humanos cabe pensar en el desplazamiento justificado de uno de ellos a favor del otro. En el resto de casos, los derechos humanos desplazan a cualquier otro tipo de exigencias, por definición de menor nivel moral. Esto es en definitiva, para Laporta, lo que viene a significar la expresión absoluto, o *prima facie*, aplicada a la noción de derechos humanos. Así lo sostiene: “los derechos humanos son concebidos como los requerimientos morales más fuertes que se dan en el discurso de la moral y, por tanto, sólo pueden ser desplazados por requerimientos morales equivalentes en conflicto entre ellos, es decir, por otros derechos humanos”. LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, N° 4, 1987, pp. 40-41. Sobre los derechos humanos morales universales de Francisco Laporta vid; ANGULO LÓPEZ, G., *Teoría contemporánea de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 269-309.

81 Vid; CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 90-95.

82 Vid; ALEXY, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y presentación”, trad. De la Vega, René, G., en, CARBONELL, M.,/VÁZQUEZ, R., y OROZCO HENRÍQUEZ, J., (Coords.), *Jueces y ponderación argumentativa*, México, D.F., IJ-UNAM, 2006, p. 2.

que quien pretenda llegar a una norma [N] de decisión, debe pretender, además, que su decisión sea *moralmente correcta*, que sus criterios o resoluciones no vayan en contra de la coherencia de dichos principios; por eso, cuando Alexy sostiene que los principios son *mandatos de optimización*, exige a los jueces que no solo se conformen con una única respuesta jurídica dada, sino que se inmersen en la búsqueda del contenido moral y forma jurídica más favorable para resolver el caso de que se trate.⁸³ Así, lo que exige la norma [N] no es, o no es sólo, la producción de algo, sino la selección de los medios óptimos para conseguir o maximizar algo dada las circunstancias del caso. Así el objeto y el fin (*o-f*) como criterios de interpretación son el medio adecuado para determinar por ejemplo: el valor de la igualdad entre los cónyuges;⁸⁴ el alcance del principio *pro persona* para distinguir la favorabilidad de una norma o la interpretación menos restrictiva, la finalidad del principio de universalidad en cuanto a la ampliación del diámetro materialmente tutelado por el derecho o del número de titulares de un derecho humano.

Igualmente el objeto y el fin (*o-f*) nos ayudan a determinar los casos controvertidos, por ejemplo (determinar lo que es “familia”, a distinguir las “posiciones preferentes” de los sujetos en el caso de proteger el derecho a la propia imagen y a la intimidad/privacidad; o para determinar si la finalidad del matrimonio es la “procreación”, o si es inherente al diseño racional de la figura del matrimonio;⁸⁵ también,

83 ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, (trad. de Jorge M. Seña), pp. 63-64.

84 Sobre el contenido y alcance de la igualdad entre los cónyuges, véase el precedente de la SCJN en la Tesis Aislada Núm. 1ª. LXIII/2016 (10ª.) publicada el 11 de marzo de 2016 en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx> [Accedido el día 21 de abril de 2016].

85 Sobre la finalidad del matrimonio véase la Jurisprudencia de la SCJN, Tesis: 1ª /J.43/2015, Primera Sala, Décima Época, publicada el viernes 19 de junio de 2015 en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx> [Accedido el día 26 de abril de 2016].

el objeto y fin (*o-f*) nos va a ayudar a justificar los “juicios de relevancia”⁸⁶ ante un trato jurídico diferenciado hacia dos personas y no entrar en conflicto con el principio de igualdad y no discriminación; para fijar los límites a una “autonomía” que quiere manifestarse en el caso de la legalización del consumo de la marihuana para efectos lúdicos o recreativos;⁸⁷ o, a la noción de ser humano o de “agente moral” en el caso de establecer el alcance de la dignidad humana ante el desarrollo de las tecnologías emergentes dirigidas a mejorar la vida de los seres humanos, como: la informática e internet, biomedicina, neurociencias, nanociencia y nanotecnología y la robótica;⁸⁸ para poder así, tener una aproximación racional (r) que nos de las razones que justifiquen el paso de los enunciados interpretativos a una norma [N] de decisión.⁸⁹

III.3. NORMA [N] DE DECISIÓN Y CONCRETIZACIÓN

La norma [N] de decisión resultará de llevar plenamente el proceso de la interpretación hasta su punto máximo; es decir, una norma jurídica se produce para aplicarse de manera fundada, adecuada, correcta, y justificada a un caso concreto.⁹⁰ Esta operación

86 Sobre los juicios de relevancia conviene ver la obra de LAPORTA F. J., «Principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, 1985, pp. 20-24.

87 Sobre la regulación del consumo de la marihuana para “efectos lúdicos o recreativos”, véase la resolución de la Primera Sala de la SCJN del Amparo en Revisión 237/2014.

88 Sobre las problemáticas y exigencias que plantea el derecho actual en el contexto de las tecnologías emergentes vid; DE ASÍS, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, UC3-Dykinson, 2015.

89 Una de las cuestiones relevantes que es necesario señalar, es la importancia del estudio de la teoría de la argumentación jurídica, tanto para la solución de cuestiones esencialmente controvertidas relativas a la interpretación jurídica, como para la construcción de buenos argumentos que justifiquen y le den validez a la norma [N] de decisión. Vid; ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 2.

90 En este sentido Heller sostiene que la norma no es objeto de demostración sino de justificación. En derecho solo existe lo aceptable, lo justificable. El sentido de que lo justo admite siempre varias soluciones. Vid; GRAU, E., *Interpretación y aplicación*

se realiza mediante la formulación de una decisión judicial, una sentencia, que expresa la norma [N] de decisión. En base a esto es que podemos establecer la diferencia entre normas jurídicas y la [N] de decisión, la cual se define a partir de aquellas. Así, el juez es el que va más allá de la interpretación como una mera producción de normas jurídicas, para extraer de ella normas de decisión; a este tipo de juez es al que Kelsen denomina “intérprete auténtico”, es decir, el juez⁹¹.

Para Konrad Hesse en el proceso de interpretar se tienen que tomar en cuenta dimensiones o categorías teóricas que le den significado, que le den coherencia, así, interpretar es “concretizar”; justamente la interpretación debe ser vinculada al objeto y al problema, es por ello que para Hesse la interpretación es ‘concretización’ (*Konkretisierung*); en este sentido “lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la ‘realidad’ de cuya ordenación se trata”.⁹² De tal forma que, concretización es completar, ajustar, dar coherencia a una disposición incompleta contenida en una *formulación normativa (fn)* a través de una actividad creativa, teniendo como resultado una dinámica del intérprete conforme a la norma constitucional y convencional. Sin embargo la concretización no es el objetivo al que se quiere llegar; la concretización solo llega a su plenitud, cuando se define la *norma [N]* de decisión capaz de resolver el conflicto que constituye la esencia del caso concreto. Es por eso que para Grau interpretación y concretización son parte del mismo proceso. No existe, actualmente interpretación del derecho sin concretización, pues esta constituye su etapa definitiva.⁹³

En suma, lo que pretende esta Fórmula General de Interpretación

del derecho, Op. Cit., p. 19.

91 . Vid; GRAU, E., *Interpretación y aplicación del derecho*, Op. Cit., p. 18.

92 Vid; HESSE, K., “La interpretación constitucional”, trad. (Pedro Cruz Villalón), en, *Escritos de derecho constitucional*, ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 43-44.

93 Vid; GRAU, E., *Interpretación y aplicación del derecho*, Op. Cit., p. 19.

Avanzada, es de contribuir así sea de manera mínima a que los jueces utilicen estos criterios en sus razonamientos prácticos, permitiéndoles determinar el alcance y el sentido de una o varias disposiciones jurídicas contenidas en *formulaciones normativas (fn)* y por este medio aplicarlas apropiadamente para llegar a un resultado constitucional y convencionalmente correctos, garantizando así su objetividad, la certeza y previsibilidad jurídica y una perspectiva mucho más amplia de los principios y valores que postulan los derechos humanos dentro de este nuevo paradigma del razonamiento jurídico contemporáneo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO LÓPEZ, Geofredo, *Teoría Contemporánea de los Derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2015.
- ATIENZA, Manuel., “Sobre la única respuesta correcta,” *Revista Jurídicas*, Vol. 6, n° 2, Colombia, Julio-Diciembre, 2009.
- _____ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2007.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México, D.F., IJ-UNAM, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003.
- _____ *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1991,
- CABALLERO OCHOA, José. L. (2013) *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México, D.F., Ed. Porrúa.
- _____ (2012) “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1°, segundo párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel., [Coord.] *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, D.F., Ed. Porrúa, UNAM, 2011.
- CARBONELL, Miguel, (2013) *Introducción General al control de*

convencionalidad, México, D.F., Porrúa-UNAM.

- _____ “Consideraciones sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, en, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, /ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, (Coords.), *Procesos Constitucionales*, México, D.F., Porrúa, IJ-UNAM, 2007.
- CARBONELL, Miguel, /VÁZQUEZ, Rodolfo, y OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, (Coords.), *Jueces y ponderación argumentativa*, México, D.F., IJ-UNAM, 2006.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana, Ynes, “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos humanos consagrados en la Constitución”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, D.F., UNAM-IJ, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en, CARBONELL, Miguel, (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. México, Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal-Universidad Iberoamericana, 2003.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DE ASÍS, Rafael, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, UC3-Dykinson, 2015.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, *Anuario de derecho civil*, n. 1, vol. XXX, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1984. (Traducción Marta Guastavino).
- _____ *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª Edición 1992 (Traducción Claudia Ferrari).
- ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, (Trad. J. Alberto del Real y Juan Vega).
- _____ “El derecho es necesariamente vago”, *Derechos y Libertades*, Nº 12, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco. J., *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Electoral del

- Poder Judicial de la Federación, 2012.
- _____. *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FARALLI, Carla, “La filosofía jurídica actual”, *Anuario de derechos humanos*, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 3, 2002.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel, [Coord.] *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, D. F., Ed. Porrúa, UNAM-IIJ, 2012.
- _____. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en, FIX ZAMUDIO, Héctor, [Coord.] *Formación y perspectiva del Estado en México*. México, D.F., UNAM-IIJ, 2010.
- _____. (2005) (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I., México., ed. Porrúa-IIJ-UNAM.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, /ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, (Coords.), *Procesos Constitucionales*, México, D.F., Porrúa, IIJ-UNAM, 2007.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, D.F., Ed. Porrúa, 2014.
- FRANÇOIS OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia, Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, año 4, n° 8, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, II, 2ª ed., ediciones Sígueme, Salamanca
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, ed. Porrúa-UNAM, 2012. (Traducción de Marina Gascón, y Miguel Carbonell).
- _____. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, D.F., UNAM-IIJ-Trotta, 2008, (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar).
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997.
- HART, Herbert, L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1995. (Trad. Genaro R. Carrió).
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- _____. “La interpretación constitucional”, trad. (Pedro Cruz Villalón), en, *Escritos de derecho constitucional*, ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- HOLMES, Oliver Wendell “The Path of the Law”, 1897, publicado en *Collected Papers*, 1920.
- KUNZ, Josef, L., “El sentido y el alcance de la norma Pacta sunt servanda”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 1947. (Trad. Santiago Oñate). Publicado en inglés en la revista *American Journal of International Law*, vol. 39, N°2, abril de 1945.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, N° 4, 1987.
- _____. “Principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, 1985.
- LARRAURI TORROELLA, Ramón, “La sociología jurídica y sus relaciones posibles con la semiótica”, en, ORÓN MORATAL, Germán, (ed.), *Diálogos Jurídicos, España-México*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume I., Col·lecció “Estudis jurídics”, núm. 11, 2007.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, E., “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas”, en, FERRER MAC-GREGOR, E., (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo I., México, ed. Porrúa-IIJ-UNAM, 2005.
- MARTÍN, Claudia, [Comp.] *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-American University-Distribuidora Fontamara, 2004.
- MASSINI CORREAS, Carlos. L., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista Chilena de derechos humanos*, Vol. 31, n° 1, 2004.
- MELLENDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de excepción, según el derecho internacional de los derechos humanos*, El Salvador, Imprenta Criterio, 1999.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “Breves notas sobre la jurisprudencia de la corte interamericana de Derechos humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, en, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 6,

- 2006.
- NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México D.F., ed. Fontamara, 2010.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ª ed., 2004.
- OLANO GARCÍA, Hernán, A., *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, 1ª edición, México, D.F., Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- PALOMINO MANCHEGO, José. E., /REMOTTI CARBONELL, J. Carlos, (Coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, ed. Grijley, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004.
- _____. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- _____. *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad Carlos III, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, "La interpretación de la constitución", *Revista de las Cortes Generales*. Madrid, 1er Cuasimestre, 1984.
- PFEIFFER, Juan, B., "Bases para una teoría interpretativa del derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13, 2010
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Revista Ius et Praxis*, [En línea] vol. 9 n° 1. 2003, Talca.
- PINTO Mónica, "El principio pro homine", en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Argentina. Editores del Puerto, 1997.
- POZZOLO, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", en, CARBONEL, Miguel, (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- PEDRO SAGÜÉS, Néstor, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", en: AA.VV., *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, PALOMINO MANCHEGO, José, E., /REMOTTI CARBONELL, José, C., (Coords.), Lima, ed. Grijley, 2002.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LVIII, núm. 249, enero-junio de 2008, p. 320, Versión electrónica en: <http://bit.ly/1fRLala>.
- SÁNCHEZ, Víctor, "Teoría sobre la validez y obligatoriedad del derecho internacional público", en, SÁNCHEZ, Víctor., (Dir.), *derecho internacional público*, Barcelona, ed. Huygens, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de MESIA y POLEY, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, reproducción original de la 2ª ed. Madrid, Centro editorial de Góngora, (1838-1847), 2009.
- SERRET, Estela, /MÉNDEZ MERCADO, Jessica, *Sexo, género y feminismo*, México, SCJN /TE PJF/IEDF, 2011.
- VÁZQUEZ, Daniel, /SERRANO, Sandra, *Principios y obligaciones de los derechos humanos: los derechos en acción*, México, D.F., SCJN, 2013.
- _____. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, en, CARBONELL, Miguel., [Coord.] *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, D.F., ed., Porrúa, UNAM, 2011.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, D.F., ed. Fontamara, 2ª reimp. 2008. (Traducción de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Juan Igartua Salaverría).
- _____. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. (Trad. A. Azurza).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "¿Qué es ser juez constitucional?," *Díkaion, Revista de fundamentación jurídica*, Universidad de la Sabana, Colombia, Vol. 15, noviembre 2006.

VULNERABILIDAD A LA INJUSTICIA: SEXOSERVIDORAS, MIGRANTES,
PERSONAS SIN HOGAR Y DEMÁS EXCLUIDOSVULNERABILITY TO THE INJUSTICE: SEX WORKERS, INMIGRANTS,
HOMELESS PEOPLE AND OTHERS EXCLUDED

HELENA RIVERO HEVIA

Introducción

En el mundo habitamos personas diferentes, es una realidad que cada ser es distinto a los demás, pero las desigualdades no solo poseen un origen natural (diferencias físicas y psíquicas), sino que se encuentran acentuadas por la voluntad del hombre (diferencias económicas, por la clase sociales, por la religión, etc.).

Podemos percatarnos cómo se favorecen en todas las sociedades a ciertos grupos, cuando a otros se les considera invisibles; o bien, solo son visibles para utilizarlos en el logro de ciertos fines¹.

Es por eso que hablaremos de cuatro grupos de personas que viven en situaciones de injusticia que nos llevan a cuestionarnos por qué el mismo hombre ha creado este escenario y cuál es la realidad de ciertos grupos que sufren de exclusión social.

Sexoservidoras

El término prostitutas alude de manera denigratoria a quien vende sus servicios sexuales, mientras que comercio sexual da cuenta del proceso de compra y venta que incluye también al cliente. Existen dos posturas al respecto: una es la que considera que es necesario prohibir la prostitución y otra que plantea que es necesario reconocer los

1 A manera de ejemplo: en el ámbito político cuando es época de elecciones se hacen promesas y se escucha a los ciudadanos sin distinción alguna, pero al llegar al poder vuelven a ser invisibles aquellas personas que solo representaban un voto potencial.

derechos laborales de quienes se dedican a ella.² También se habla que frente a la prostitución, los Estados toman diferentes políticas, las cuales han sido tres en el mundo: la política prohibicionista, el régimen reglamentarista y la corriente abolicionista. El sistema reglamentarista establece la reglamentación para las áreas en las que se permite ejercer la prostitución y se basa en la protección y prevención de la salud para disminuir el riesgo de contagio de infecciones de transmisión sexual. Este sistema jurídico es característico de los países de América Latina, visto como un mal menor y necesario y en el que lo más importante es mantener y fortalecer la salud de la zona reconocido por las autoridades. El sistema abolicionista tiene como fundamento eliminar la reglamentación de la prostitución porque no la considera como un delito, de esta forma no se atenta contra los derechos y garantías individuales establecidas en las Constituciones y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El sistema prohibicionista es aquel en el cual los Estados tratan de penalizar la figura de la prostitución, aun cuando se ha probado a través de la historia que al prohibirla se comienza a practicar de manera clandestina aumentando así el riesgo de transmisión enfermedades.³

En España, los discursos oficiales se fundamentan en visiones de un mundo plagado de moralidad que dictamina cuáles deben ser los roles sexuales de hombres y mujeres en la sociedad y de los que las prostitutas se alejan por definición. A la mujer se le considera en una escala inferior al hombre, ejemplo de esto es que las mujeres tienen los trabajos más precarios, peor remunerados y más alejados de los centros de poder. Se considera que la crianza de los hijos, el trabajo doméstico y el cuidado de las personas mayores le corresponden a la mujer realizarlos, a pesar de los avances y los cuestionamientos

2 LAMAS, MARTHA; *Prostitución, trata y trabajo*, consultado en: <http://www.nexos.com.mx/?p=22354>; fecha de consulta: 9/nov/15

3 TREJO GARCÍA, ELMA; *Estudio de Legislación Internacional y Derecho Comparado de la Prostitución* en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-07.pdf>, fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015

al respecto.⁴

Es importante ver cómo la mayoría de las mujeres ha ganado voz dentro de la sociedad con excepción de las prostitutas. Esto puede deberse a que subsisten viejos temores a la sexualidad; por lo que si se incorporara a la discusión a las prostitutas se ayudaría de mejor manera a resolver los problemas que les afectan y que preocupan a la ciudadanía. El estigma hace muy bien su trabajo porque son pocas las que se atreverían a dar la cara y reconocer a lo que se dedican.⁵ No se trata de celebrar la prostitución y llevar al extremo de idealizar esta práctica, sino más bien de acabar con un modelo apropiado de mujer para abrir espacio real a la diversidad. Ahora bien, la diversidad es aceptable siempre y cuando no se haga uso de la violencia, por ello es importante distinguir entre prostitución decidida en el caso de personas mayores de edad y prostitución infantil o prostitución forzada que implican penalización. El límite es atentar contra la libertad del otro.

La crítica más frecuente que se hace al trabajo sexual es que implica una negación de la libertad de la mujer, porque es imposible que alguien pueda realizar una actividad tan estigmatizada por libre opción.⁶ La mayoría de las mujeres no ejercería esta actividad si tuviera otra opción; sería muy difícil creer que alguien por simple gusto la ejerza. La necesidad o bien la ambición pueden ser factores que lleven a las mujeres a convertirse en prostitutas.

Como conclusión sobre este primer grupo, consideramos que más que reglamentar, abolir la reglamentación sobre la prostitución o bien prohibir la prostitución, lo importante sería promover el respe-

4 Véase: CORBALÁN HERRERA, Ma. Francisca; *Prostitutas de calle en Madrid, en el inicio del nuevo milenio: discursos y realidades sobre prostitución en el marco de la perspectiva de género*. Tesis doctoral. Universidad Complutense, Madrid, 2012

5 Ídem

6 Véase: JULIANO, DOLORES; *Excluidas y marginales*; ediciones Cátedra; España, 2004, p. 112. Ídem, p. 125

to hacia las mujeres, dejando de verlas como un objeto de placer y aceptando la diversidad. No existiría la prostitución si no hubiera personas que buscan placer proporcionando una cantidad de dinero. Por supuesto, ese panorama es completamente idealista, sin embargo es posible que si tuviéramos mejores oportunidades de trabajo, si hubiera una mejor educación (tanto científica, moral, cultural, etc.), menos personas optarían por realizar esta actividad. Por lo que antes de tachar o de juzgar a quienes son prostitutas primero hay que pensar en la historia que hay detrás de esa decisión.

La única manera de disminuir un problema social es actuando sobre ellos y no declarando en leyes lo que está prohibido o permitido. *Personas sin hogar*

El premio Nobel de Economía 2006, Mohamed Yunus plantea la cuestión de forma precisa: "Si la pobreza no ha sido creada ni generada por los pobres, éstos no tienen por qué vivirla ni padecerla como si fuera una sentencia que les obligue además a vivir encadenados a ella"⁷. El estudio de Gaviria et al, manifiesta que una persona que disponga de una vivienda digna que no grave excesivamente su economía ha resuelto casi el 50% de su integración social. En cambio, el no tener resueltas las necesidades de alojamiento coloca al individuo o familia en situación de riesgo de exclusión por motivo de vivienda. Dentro de la exclusión por razones de vivienda encontramos el caso más extremo, los sin techo, que carecen de refugio, recursos y lazos necesarios para salir de esa situación.⁸

La pobreza puede ser explicada por: la precariedad de la situación laboral, la falta de medios básicos, la inmigración, ciertas características sociodemográficas y la falta de relaciones sociales. Por lo

7 Citado en: BLÁZQUEZ RUIZ, JAVIER; *Dialéctica de los derechos humanos*; editorial Dykinson; Madrid, 2012, p. 125.

8 Véase: GAVIRIA, M.; LAPARRA, M. y M. Aguilar, *Aproximación teórica al concepto de exclusión* en Álvarez-Uría, F. et al. *Desigualdad y pobreza, hoy*, Madrid, Talasa, 1995 pp. 133-200, citado por: POZA LARA, Carlos; *El caso específico español a través del panel de hogares de la Unión Europea*; Tesis doctoral; Universidad Complutense de Madrid, 2008.

tanto, los elementos inexorablemente trascendentes para una reducción de los niveles de pobreza e incremento del bienestar son el nivel de educación, el estado de salud, el empleo y la estabilidad laboral. Es sumamente importante centrar políticas en esta dirección, sin olvidar a otros factores que también impactan en este problema.

Se proponen, en este sentido, políticas que favorezcan el desarrollo de los medios básicos para incrementar el bienestar personal y, por ende, el general; medidas que hagan mejorar la situación laboral de los individuos, reduciendo la precariedad y fomentando la estabilidad; actuar sobre la igualdad de oportunidades de aquellos segmentos de la población más necesitados y, por último, ampliar la red de relaciones con el entorno a través de la implicación de todos los agentes.⁹

No podemos hablar de una evolución de los derechos humanos cuando millones de personas no tienen qué comer, no tienen un hogar y viven en situaciones de completa miseria.

Tanto el hambre como la desnutrición son finalmente el resultado de un proceso en el que intervienen factores de muy diversa naturaleza: tanto económicos como políticos. Estos factores se asientan básicamente en un modelo de desarrollo que hunde sus raíces en una concepción del mundo completamente injusta e insolidaria.

Al parecer el hombre se mantiene ajeno a las realidades, mientras su entorno se encuentra en buen estado, no le importa lo que pase alrededor. Es por eso que es necesario un diálogo permanente y una reflexión rigurosa sobre nuestra comprensión antropocéntrica del mundo.

Debemos actuar con justicia mediante la facilitación de recursos y acciones para que no lleguen a una zona de donde es mucho más difícil salir, ya que, además de la falta de recursos, la dignidad humana se ve dañada y comienzan a formar parte del grupo de excluidos y personas sin hogar adquiriendo ellos mismos una nueva imagen de

⁹ Ídem

sí mismos, como perdedores sin futuro, invisibles para el resto.

Los seres humanos tenemos que despertar y darnos cuenta que no es posible vivir en una sociedad que ignora las condiciones de vida de las personas. Las oportunidades deberían ser para todos, no solo para los que tuvieron la suerte de nacer en una familia acomodada o bien que han tenido una educación que les permita tener un ingreso suficiente o que sea por cualquier razón, no sufre el no tener un techo o lo indispensable para satisfacer sus necesidades básicas. El Estado debe proveer a las personas de empleos dignos que les permitan desarrollar sus aptitudes y realizarse como seres humanos.

Sin solidaridad no es posible promover ni mantener una convivencia que sea solo conveniencia o que se reduzca simplemente a coexistir¹⁰. Siendo solidarios, brindando más oportunidades a los necesitados se conseguiría, adicionalmente, un respeto a sí mismos, ya que la miseria conlleva a una insatisfacción personal y con ello a la realización de actos delictivos, lo que genera un círculo vicioso sin fin.

Migrantes

Es bien sabido que todos los países sufren el impacto económico, social y cultural de los flujos migratorios. Su influencia es inevitable en la formación histórica y cultural de las sociedades.¹¹ Durante la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en Egipto en 1994, se señaló que existen más de 125 millones de personas que se encuentran fuera de su lugar de origen; por lo que se puede afirmar que aproximadamente el 2% del total de la población mundial se ha desplazado a otro país o región¹².

Este movimiento migratorio en la mayoría de las ocasiones se

¹⁰ *Ibidem*, p. 132.

¹¹ ROCATTI, MIREILLE en: *Temas de migración y derecho*; CIENFUEGOS SALGADO, DAVID "et al"; Universidad Autónoma de Sinaloa; México, 2008, p. 187

¹² *Ídem*.

da por causas económicas, principalmente laborales. El problema empieza cuando se van de su país de origen para internarse de manera ilegal en otro país, ya que en el transcurso de tiempo por el que pasan para ir de un lugar a otro ponen en peligro su vida y desarrollo personal.¹³

Por ejemplo, en una entrevista realizada a mujeres inmigrantes, estas indicaron que aunque su situación en Málaga no es buena, siempre es mejor que la de su país. Aunque la razón de más peso para venir a España es el trabajo, existen diferencias entre hombres y mujeres. Mientras que para los hombres la segunda opción es “tener más libertad”, las mujeres aducen el hecho de poder reunirse con los familiares.¹⁴ Por otra parte, un porcentaje elevado de las mujeres entrevistadas señala su deseo de quedarse en nuestro país de forma indefinida. A este respecto, Izquierdo ya señalaba la tendencia al asentamiento frente al retorno de personas inmigrantes.¹⁵

Es por lo anterior que al migrante se le ha calificado en el ámbito internacional como un grupo vulnerable a las violaciones de sus derechos humanos.¹⁶

Existe una marcada tendencia en el endurecimiento de las políticas migratorias, sobre todo en aquellos países que son más atracti-

13 Cuántos casos no hemos oído de hombres, mujeres y niños que mueren asfixiados en los transportes o bien que son perseguidos violentamente por la policía migratoria

14 Véase: DOMÍNGUEZ FUENTES, Juan Manuel; *Apoyo social, integración y calidad de vida de la mujer inmigrante en Málaga*. Tesis doctoral. Universidad de Málaga, 2006

15 Véase: IZQUIERDO, A. *Desafíos y sorpresas en las migraciones internacionales*. En *III Encuentro Internacional sobre Servicios Sociales. La Tolerancia y la Intervención Social*, Valencia, Bancaixa, citado por: DOMÍNGUEZ FUENTES, Juan Manuel; *Apoyo social, integración y calidad de vida de la mujer inmigrante en Málaga*. Tesis doctoral. Universidad de Málaga, 2006.

16 En muchas ocasiones recurren a los servicios que ofrecen los traficantes de indocumentados y las redes de apoyo

vos para los trabajadores migratorios. Estas políticas traen consigo la idea de que el migrante es el culpable del detrimento de los niveles de bienestar y de la descomposición de su economía.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados consagran los derechos de toda persona a circular libremente y a elegir su residencia. Estos derechos deben entenderse en dos sentidos: tanto la facultad de circular libremente por cualquier Estado y también el derecho de permanecer legal donde guste sin ser obligado.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, entre otros, son algunos de los instrumentos más importantes en cuestiones no-discriminatorias.¹⁷

Existe la regulación jurídica que ampare los derechos de los migrantes, pero es una realidad que en la actualidad siguen siendo un grupo de extrema vulnerabilidad y muchas veces los Estados se defienden diciendo que tienen que protegerse de cualquier ataque a su soberanía o de cualquier incidente que pueda alterar la paz de sus ciudadanos.

Este grupo vulnerable a la injusticia, a los malos tratos, a la violación de sus derechos humanos, ¿no merece un trato humano? Nosotros como miembros de una sociedad, ¿qué podemos hacer para que exista una mejor calidad de vida para los demás?, ¿es tarea de las autoridades hacer que sus instituciones funcionen en pro de ayudar a este grupo vulnerable?

Si hubiera más oportunidades de empleo, una mayor comprensión por parte de las autoridades que reciben a los inmigrantes, una mayor empatía por este grupo que lo único que desea es tener una condición de vida estable (que la mayoría de las veces es casi impen-

17 AINAGA VARGAS, MARÍA DEL CARMEN; *Reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los Derechos Humanos* en: CIENFUEGOS, DAVID, op. cit., p. 30

sable), se les estaría tratando con justicia.

Excluidos

Este mundo es desigual. Mientras que muchas personas mueren de hambre o de enfermedades curables, trabajan muchas horas al día para recibir un salario insuficiente para cubrir sus necesidades diarias, o carecen de empleo, existen otros que tienen más recursos económicos y bienes de los que podrían necesitar en toda una vida. Existen diversos tipos de desigualdades, por ejemplo, las basadas en la preferencia sexual de las personas, su género, edad, religión, estatus económico, nacionalidad, etcétera.¹⁸

Como menciona Alicia García Ruiz: “La pobreza no es una «condición humana»: es antes que nada una situación social, lo que significa que no se puede definir de un modo estático, es decir, como un simple estado carencial. No sólo «se es pobre», también se «deviene pobre», a lo largo de un proceso paulatino de vulnerabilidad y exclusión, cada una de cuyas fases y trayectorias vitales concretas nos informa de una dimensión estructural del sistema que la genera.”¹⁹

El concepto de exclusión, anteriormente estaba ligado al de pobreza: se consideraba a alguien como excluido social si no tenía recursos materiales. El concepto ha ido variando ya ahora se considera como excluido social todo aquel que no puede salir adelante por sí mismo, que tiene una autoimagen desvalorizada y que no puede hacer frente a sus obligaciones por sí mismo, en el riesgo de verse relegado de forma duradera al estatus de persona asistida y en la estigmatización que todo ello conlleva para las personas. Para desarrollar sus potencialidades personales, esta diferencia de oportunidades

18 PÉREZ PORTILLA, KARLA; *Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación*; pp: 689-693; PDF

19 GARCÍA RUIZ, ALICIA; *La gobernanza del miedo*; editorial Proteus, España, 2013, p. 39

origina una permanente situación de desigualdad.²⁰

Un ejemplo de personas que se consideran excluidas y con un alto rango de discriminación, son aquellas que por algún desastre natural se quedaron sin hogar o sin empleo, como ejemplo de esto podemos mencionar a los habitantes más pobres de Nuevo Orleans que sufrieron las consecuencias del ciclón Katrina.

Esto se debe a la marcada desigualdad económica, política y social que existen en los países.

Un análisis semejante podría hacerse de la opresión del género femenino, de los homosexuales o de las personas con discapacidad.

Se nos ha acostumbrado a ver como algo normal que exista desigualdad, sin darnos cuenta de que esos grupos excluidos son seres humanos como nosotros mismos y que no es parte de su esencia el tener una condición económica o social determinada, sino que es un fenómeno del que en buena parte es responsable el Estado.

Conclusión

En efecto, hay numerosos grupos minoritarios que sufren injusticias y violaciones a sus derechos humanos, ya que no tienen las mismas oportunidades que muchos otros miembros de la sociedad. Cada uno de nosotros podemos aportar algo, enseñando al que no sabe leer, promoviendo el empleo, la solidaridad y el respeto, ayudar de una u otra manera y así evitar la invisibilidad de estos fenómenos.

Tomando como referencia a Rawls²¹ podemos afirmar que una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventajas. Es decir, en la sociedad podemos darnos cuenta de que no existe la justicia como equidad. Tanta desigualdad es completamente desproporcional a las grandes ventajas que otros tienen. No podemos hablar de justicia cuando existen grupos que son vulnerados por su condición étnica, social o económica.

Recepción: 01-07-2016 / Dictamen: 21-07-2016

20 Véase: MATEO, Moriona; *Entre la exclusión y la violencia. Las mujeres institucionalizadas en los centros de protección de mujeres de la comunidad valenciana*, ; Tesis doctoral; Universidad de Valencia, 2013

21 RAWLS, JOHN; *Justicia como equidad*; Revista española de control externo; p.143 , PDF



Tohil Revista Jurídica

Terminó de imprimirse en enero de 2016 en los
talleres de Grupo Impresor Unicornio S.A. de C.V.
Calle No. 506 x 60 y 62, Centro Cp. 97000
Mérida, Yucatán, México

Tohil Revista Jurídica es una publicación de la Facultad
de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán
Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mé-
rida, Yucatán, México Tels. 01.999. 9822942 y
01. 999. 9822943

Director Técnico: Abog. Marisol Camacho Ancona
marisol.camacho@correo.uady.mx